THÈSE DE
CAEN.
1892
N°. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DU CONSENTEMENT DES PARENTS

EN MATIÈRE DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 19 Mai 1892, à trois heures et demie

PAR

Jean DESMET

Président : M. GUILLOUARD, PROFESSEUR.

Suffragants : MM. JOUEN, CABOUAT, PROFESSEURS. — CARRÉ DE MALBERG, AGRÉGÉ.

LILLE
IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER
78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78.

1892

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DU CONSENTEMENT DES PARENTS

EN MATIÈRE DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 19 Mai 1892, à trois heures et demie

PAR

Jean DESMET

Président : M. GUILLOUARD, PROFESSEUR.

Suffragants : MM. JOUEN, CABOUAT, CARRÉ DE MALBERG, AGRÉGÉ. — PROFESSEURS.

LILLE
IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER
78, rue de l'Hôpital-Militaire, 78.

1892

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

MEIS ET AMICIS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548413_0023

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Accarias. Précis de droit romain, t. I.

Aguesseau (d'). Œuvres complètes, Plaidoyers, *passim*.

Allemand. Traité du mariage, t. I.

Ameline. Des nullités de mariage et des conditions de sa validité.

Aubry et Rau. Cours de Code civil, t. I.

Basnage. Commentaire sur la coutume de Normandie, article 369.

Beauchet. Etude historique sur les formes de la célébration du mariage.

Beaune. Droit coutumier français, condition des personnes.

Bellarmin. Disputationum, t. III, de Sacramento matrimonii.

Berriat-Saint-Prix (Fel.). Notes théoriques sur le Code civil, t. I.

Blanchard. De la formation et de la dissolution du mariage (Th.).

Boileau. Traité des empêchements de mariage.

Boistel. Le droit dans la famille.

Boniface. Arrêts notables de la cour du parlement de Provence.

Bouchel. Bibliothèque du droit, t. III.

Bouly de Lesdain. Des nullités de mariage (Th.).

Brillon. Dictionnaire des Arrêts, V° mariage, t. IV.

Calvin. Institutio christiana.

Clemens. Traité du pouvoir de l'Église sur le mariage des catholiques.

Cujas. Commentaire sur le titre II du livre XXIII du Digeste.

Dalloz. Répertoire, V° Mariage.

Delvincourt. Cours de Code civil, t. I.

Demangeat. Cours élémentaire de droit romain, t. I.

Demante. Cours analytique du Code civil, t. I.

Demolombe. Cours de Code Napoléon, t. III.

Desjardins. Histoire de la réception du Concile de Trente en France, *ap.* Revue critique, 1869.

Du Caurroy. Institutes de Justinien traduites et expliquées.

Du Caurroy, Bonnier et Roustain. Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. I.

Duchesne. Du mariage. Examen comparatif des principes qui le régissent suivant le Code civil français, le droit romain, le droit canonique et les législations étrangères.

Duguit. Etude historique sur le rapt de séduction, *ap.* Nouvelle revue historique de droit, 1886.

Durand de Maillane. Dictionnaire de droit canonique, V° Rapt, t. V.

Duranton. Cours de droit français suivant le Code civil, t. II.

Duruy. Histoire des Romains.

Favier de Coulomb. Dissertation sur les articles 148 et 151 du Code civil, ap. Journ. du Not. 7 mars 1855.

Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, *passim*.

Ferrière. Dictionnaire de droit et de pratique judiciaire, V^is^ Rapt et Mariage.

Fevret. Traité de l'abus.

Fleury. Institution au droit ecclésiastique, t. II.

Fournel. Traité de la séduction.

Froissard. Chroniques, liv. 4.

Fustel de Coulanges. La cité antique.

Gerbais. Traité pacifique du pouvoir de l'Église et des princes sur les empêchements de mariage.

Gibert. De doctrina canonum corpore juris inclusorum, circa requisitum ad filiorum matrimonia parentum consensum, historica disquisitio.

Gide. Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne.

De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine.

Giraud. Le concubinat en droit romain, *ap.* Journal des savants, 1880.

Glasson. Du consentement des époux au mariage d'après le droit canonique, le droit romain,

l'ancien droit français, le code Napoléon et les législations étrangères.

Histoire du droit et des institutions de la France, t. I.

Gouron-Boisvert. Des actes respectueux, *ap.* Rev. not. et enreg. t. VI.

Grotius. De jure belli ac pacis.

Guy du Rousseaud de La Combe. Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale, v^is^ rapt et mariage.

Guyot. Répertoire, v° mariage.

Hardouin. Conciliorum collectio regia maxima.

Héricourt (d'). Les lois ecclésiastiques de France.

Isambert. Recueil des anciennes lois françaises.

Labbé. Sur l'Explication des Instituts, d'Ortolan, t. I.

La Ferrière. Jeanne de Piennes, *ap.* Correspondant du 10 août 1885.

Launoy. Regia in matrimonio potestas.

Laurent. Principes de droit civil, t. II.

Lefèvre d'Ormesson. Journal, t. II.

Lelong (R. P.). Bibliothèque historique de la France, t. I.

Le Merre. Justification des usages de France sur le mariage des enfants de famille sans le consentement de leurs parents...

Le Plat. Monumentorum ad historiam Concilii Tridentini... amplissima collectio.

Le Prestre. Questions notables de droit, avec un traité des mariages clandestins.

Le Semelier. Conférences ecclésiastiques sur le mariage...

Locré. Législation civile, t. iv.

Marcadé. Cours analytique, t. i.

Explication théorique et pratique, t i.

Mercier. Des nullités de mariage (Th.).

Merlin. Répertoire, V° Mariage.

Montesquieu. Esprit des lois, L. xxvi.

Muscettulae (Francisci-Mariæ). Dissertatio... de sponsalibus et matrimoniis quæ a filiis familias contrahuntur, parentibus insciis vel juste invitis.

Ortolan. Histoire de la législation romaine, suivie d'une généralisation du droit romain.

Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien, t. i.

Optati Galli, de cavendo schismate ad illustrisimos ac reverendissimos Ecclesiæ Gallicanæ Primates, Archiepiscopos, Episcopos, liber paraeneticus.

Pezzani. Traité des empêchements de mariage.

Pilette. Lettre à M. de Rozière sur le concubinat, *ap.* Revue historique de droit, 1865.

Pothier. Pandectes, Commentaire sur le titre ii du livre XXIII.

Traité du contrat de mariage.

Proudhon. Traité de l'état des personnes, t. i.

Puffendorf. Les devoirs de l'homme et du citoyen.

Recueil chronologique concernant les mariages clandestins...

Rozière (de). Recueil général de formules.

Sumner-Maine. L'ancien droit.

Thomas (saint). Summa theologica, Pars tertia.

Toullier. Droit civil français, t. I.

Troplong. Influence du christianisme sur le droit civil des Romains.

Valette. Notes sur le Traité de l'état des personnes, de Proudhon, t. I.

Cours de Code civil, t. I.

Van Espen. Jus universum Ecclesiae, Part. II.

Vantroys. Etude sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants (Th.).

Vazeille. Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle, t. I.

Viollet. Précis de l'histoire du droit français.

Wolf. Principes du droit de la nature et des gens.

INTRODUCTION

Le mariage est, de tous les contrats, celui qui intéresse le plus la destinée des hommes ; aussi a-t-il toujours appelé la vénération des peuples et la sollicitude des législateurs. Puisant son principe et sa source dans la nature, qui toujours l'inspire et souvent le commande, le mariage a trouvé sa double consécration dans la religion qui l'ennoblit et dans la loi qui le protége. D'une part, tous les peuples ont fait intervenir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux ; et d'autre part, les législateurs l'ont environné de garanties particulières, destinées à prémunir les époux eux-mêmes contre la violence de leurs penchants.

Parmi ces garanties dont la sagesse des nations s'est plu à entourer l'engagement solennel du mariage, il en est une qui se trouve presque universellement consacrée par le droit commun des peuples, à savoir la nécessité du consentement des parents au mariage de leurs enfants. Il est vrai que dans quelques législations anciennes, c'était aux magistrats qu'il appartenait d'exercer sur le mariage des citoyens un contrôle qu'il paraît si raisonnable de laisser au père ; mais nulle part les

enfants, dans le premier âge des passions, n'ont été abandonnés à eux-mêmes pour l'acte le plus important de leur vie.

Cette précaution du législateur n'a rien qui puisse étonner, si l'on réfléchit que le mariage est un contrat et que la première condition pour contracter est de savoir exactement ce que l'on fait. « Comme il y a un âge pour l'étude des sciences, dit Portalis (1), il y en a un pour bien saisir la connaissance du monde. » C'est cette connaissance qui échappe à la jeunesse, aussi prompte à se laisser séduire par ses propres illusions qu'à tomber dans le piège des suggestions étrangères. Ce n'est donc pas empiéter sur la liberté des époux que de les protéger contre leurs entraînements ; c'est bien plutôt leur donner des armes contre leur faiblesse.

La thèse contraire a cependant trouvé d'ardents défenseurs. Il ne manque pas, en effet, de philosophes, qui, sous prétexte de prendre la cause du cœur humain contre les sophismes des passions d'autrui, se sont énergiquement prononcés contre toute intervention des parents dans le mariage de leurs enfants. Jean-Jacques Rousseau, pour citer le plus célèbre, n'a-t-il pas dit qu' « un père, fût-il » prince, fût-il monarque, *doit* donner à son fils la » femme qui a avec lui le plus de convenance de » goûts, d'humeur, de caractère, *fût-elle née dans la* » *famille la plus déshonnête*, fût-elle la fille du bour- » reau (2) ? » Quoi d'étonnant qu'à la lumière de

(1) Exposé des motifs de la loi relative au mariage (séance du 16 Ventose an XI).

(2) Emile, t. 4.

pareils principes, on arrive à s'exagérer les abus d'une sage autorité et à prendre pour une aveugle tyrannie l'exercice pondéré de la puissance paternelle.

Certes, il ne faut pas se dissimuler l'existence possible de certains abus. Partout l'abus est à côté des lois, surtout lorsqu'elles tendent à donner à des hommes la supériorité sur d'autres hommes. L'orgueil étend ses prétentions à l'infini, et lorsqu'il entre en lutte avec les affections naturelles, nul ne peut présager de quel côté sera la victoire. Il n'est pas, en effet, sans exemple que des jeunes gens fondés à se croire parfaitement égaux en naissance et en fortune, voient tout à coup s'évanouir le rêve de leurs espérances, par un de ces caprices d'orgueil ou d'ambition qu'on ne peut concevoir et dont les parents croient ne devoir compte qu'à eux-mêmes : *Sit pro ratione voluntas.*

Il nous serait assurément bien difficile de ne point désapprouver ces décisions capricieuses, car nous sommes convaincu que les droits des parents ne sont point illimités, mais que la raison et l'esprit de la loi concourent au contraire à leur prescrire des bornes légitimes. Cependant nous croyons que s'il résulte quelques légers abus de l'intervention des parents dans le mariage de leurs enfants, ils sont rachetés par de grands avantages, au lieu que, s'il résulte quelques légers avantages du système contraire, ils sont bien affaiblis par les abus et les maux beaucoup plus grands qui en sont la suite. Et cela suffit à déterminer nos préférences.

Ce serait peut-être ici le lieu de développer notre

pensée et de faire connaître aux enfants et aux parents leurs devoirs réciproques, en cherchant à tracer les limites exactes de la soumission des uns comme de l'autorité des autres. Mais cette tâche dépasserait le cadre que nous nous sommes imposé, car il n'est pas dans notre plan d'associer la morale à l'étude juridique. Rechercher l'origine de l'autorité des parents sur le mariage de leurs enfants, parcourir les différentes phases de cette autorité dans la société romaine et dans la société française, prendre ainsi chaque législation à son berceau et l'accompagner dans ses transformations multiples, de manière à suivre pas à pas ses progrès ou sa décadence, tel sera l'unique objet de nos efforts.

Toutefois, avant de pénétrer dans le domaine législatif, en d'autres termes avant d'étudier l'autorité paternelle dans l'état social, il n'est pas sans intérêt de nous demander ce qu'elle était dans l'état de nature, c'est-à-dire avant la naissance des sociétés. La plupart des auteurs qui ont traité cette matière (1), font, en effet, une distinction judicieuse entre deux états où ils considèrent l'homme : l'état de nature et l'état social.

Il suffit de ne pas confondre ces deux états, pour convenir que dans le premier, l'autorité des parents ne s'étend pas jusque sur le mariage de leurs enfants et que leur consentement n'est pas nécessaire à sa

(1) Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. 2, cap. 6, § 10 ; Puffendorf, *de Offic. hom. et civ.* lib. 2 cap. 3. § 10; Wolf, *Principes du droit de la nature et des gens*, extraits par Formey, liv. 7, ch. 4, art. 156; Auguste Leysser, in medit. *ad Pandecta*, Vol. 5, speculum 291, §§ 2 et 3.

validité. Dans l'état de nature, l'homme ne tient à d'autres liens qu'à ceux de ses besoins et de ses appétits, qui seuls lui prescrivent les règles qu'il doit suivre pour les satisfaire. Dans l'état social, au contraire, l'homme est réprimé par les liens de la constitution sociale où il vit. Ses appétits doivent être circonscrits dans les bornes plus ou moins étendues que lui impose l'harmonie du gouvernement et qui le forcent à renfermer sa volonté dans la chaîne de la volonté générale. Dans l'état de nature, l'homme n'a rien à écouter que la voix impérieuse de ses désirs ; car, à qui importerait-il qu'il écoutât des voix étrangères ? Mais dans l'état social, il importe au maintien de l'ordre politique que cette voix soit d'unisson avec celle de la volonté générale. Or, comme la nature est antérieure à toutes les institutions sociales et qu'elle est dans l'homme, souvent il n'est pas assez fort pour soumettre ses flatteuses impulsions à l'impulsion coërcitive et gênante de la volonté générale ; c'est alors qu'il a besoin de la force étrangère et réprimante que la société confie aux parents jusque dans un âge avancé.

Quand nous disons qu'à l'état de nature l'homme se suffit à lui-même dans la grande affaire de son mariage, nous ne faisons que reproduire une idée familière aux maîtres de la science du droit naturel.

Dans son traité sur le droit de la paix et de la guerre, Grotius fait un devoir au fils de requérir le consentement de son père, mais il n'hésite pas à reconnaître que si l'enfant passe outre à cette obligation de respect et de déférence, son mariage n'en est pas moins à l'abri de toute atteinte. Après avoir

rappelé la doctrine romaine, pour l'opposer au droit naturel, il invoque le témoignage des Livres saints, qui n'ont jamais prescrit à peine de nullité du mariage, le consentement du père de famille. Il termine en s'appuyant sur l'autorité de Quintilien, et nous apprend ainsi que le célèbre rhéteur, du haut de sa chaire officielle, sut au premier siècle de l'ère chrétienne, au début de la période où fleurirent les plus grands jurisconsultes de Rome, opposer le droit de la nature à l'étroitesse, à la tyrannie du droit de la cité. (1)

Cette doctrine est d'ailleurs celle de l'Église. Indécise peut-être à l'origine, elle s'est rapidement propagée parmi les canonistes, et le concile de Trente l'a solennellement proclamée. Nous pourrions citer ici les interprètes les plus autorisés de la doctrine ecclésiastique ; mais de peur que l'on ait quelque défiance pour un enseignement que l'on pourrait croire inspiré par des préoccupations purement dogmatiques, nous préférons emprunter la voix de l'un des partisans les plus convaincus et des défenseurs les plus éloquents des prérogatives du pouvoir civil.

« Le mariage, dit le chancelier d'Aguesseau, doit » son institution à la nature, sa perfection à la loi, » sa sainteté à la religion.

» Comme une union instituée par la nature, il » consiste dans la foi mutuelle, dans le consente- » ment libre et volontaire que les parties se donnent » réciproquement... Quoique ces trois espèces de

(1) Grotius, *Op. cit.*, lib. 2 cap. 5, § § 1 et suiv.

» droits concourent à établir la validité du mariage,
» on est obligé néamoins de reconnaître une grande
» différence entre les conditions qu'ils prescrivent.
» Les unes sont tellement essentielles au mariage,
» qu'elles ne peuvent jamais en être séparées. Elles
» sont générales pour tous les lieux, pour tous les
» temps, pour toutes les personnes... Les autres,
» au contraire, sont *introduites plutôt par une loi*
» *positive et arbitraire, que par un droit naturel et*
» *immuable.* Elles ne sont nécessaires que dans un
» certain temps, à l'égard de certaines personnes et
» dans certaines circonstances. Elles sont plutôt des
» *précautions salutaires* que des *formalités essen-*
» *tielles.*

» La nature n'établit que deux conditions : elle ne
» demande que la capacité personnelle des contrac-
» tants et la liberté de leur consentement. Mais ces
» deux conditions sont tellement essentielles que le
» défaut ne peut jamais en être suppléé. Le droit
» civil ajoute d'autres conditions qui sont d'un
» ordre bien différent, et qui n'étant fondées que sur
» une loi positive, ne peuvent être considérées que
» comme des formalités nécessaires, à la vérité,
» dans certains cas, mais qui ne sont point absolu-
» ment irréparables.

» Ainsi, quoique les lois aient établi le consente-
» ment des pères comme une condition dont le
» défaut est quelquefois capable de donner atteinte
» à l'engagement d'un fils de famille mineur, vous
» avez néanmoins jugé par plusieurs arrêts, que
» cette nullité pouvait être réparée par le long
» silence du père, par la longue cohabitation du fils,

» et par le nouveau consentement qu'il donne à son » nouveau mariage après sa majorité (1)

Nous ne voulons retenir de cette citation qu'une seule chose : la part considérable, on pourrait même dire le rôle exclusif, que d'Aguesseau accorde au droit naturel pour la détermination des conditions essentielles à la formation du lien matrimonial. Il reconnaît formellement que les conditions requises par la loi civile sont de création purement arbitraire, quand celle-ci ne se borne pas à reproduire les principes du droit naturel. Or, quels sont ces principes, les seuls essentiels à la validité du mariage? Il y en a deux : la capacité personnelle des contractants et la liberté de leur consentement. Ce sont les deux seuls éléments dont le défaut ne puisse jamais être suppléé. Quant aux conditions d'ordre positif, telles que le consentement des parents, ce sont là des *précautions salutaires* plutôt que des formalités essentielles.

Nous citerons un autre témoignage, d'autant plus précieux qu'il est plus récent, et qui prouvera surabondamment que nous ne nous faisons pas ici l'écho de doctrines surannées.

Voici comment s'exprime M. Boistel, dans son excellent ouvrage sur le droit dans la famille :

« Le mariage est un contrat par lequel un homme » et une femme établissent entre eux l'union la plus » intime et la plus complète qui puisse exister entre » deux êtres humains. — Donc, *l'homme ou la femme* » *doit jouir, dans le choix de son conjoint, de la liberté* » *la plus absolue ;* car il est le seul juge compétent

(1) D'Aguesseau, 9me plaidoyer.

» qui puisse apprécier les mille circonstances qui » rendent ou non possible cette union souveraine » entre lui et un autre être humain...

» Les parents peuvent exiger que leur enfant ne » se marie pas sans que son choix ait été contrôlé et » approuvé par eux... La sanction pourra-t-elle » former la nullité du mariage célébré sans ce » consentement ? Nous ne le pensons pas, et pour » plusieurs raisons : d'abord cela nous paraît répu- » gner à l'essence même du mariage, qui est l'union » la plus complète entre deux êtres de sexe diffé- » rent : *du moment que cette union existe réellement* » *par l'accord de deux volontés, elle nous semble* » *complètement indissoluble...* Je dis en outre que » sans doute il y a violation du droit des parents, » laquelle doit être réparée ; mais que cette répara- » tion ne va pas jusqu'à exiger la nullité du contrat. » En effet, leur autorité sera suffisamment vengée » par une punition imposée au fils qui l'aura » méconnue... Le mal causé par la nullité du » mariage est hors de toute proportion avec la faute » commise (1). »

Mais, dira-t-on, le père n'est-il pas directement intéressé à ce que l'enfant ne puisse introduire au sein de la famille un nouveau membre indigne d'elle ? Nous ne faisons aucune difficulté de le reconnaître, et le fils sera le premier à bénir la sage intervention d'une autorité que l'expérience éclaire et que la tendresse garantit contre tout excès. Nous avons dit, il est vrai, que dans l'état de nature, l'homme n'a besoin d'être réprimé par aucune force

(1) Boistel, *le droit dans la famille*, p.p. 90 et suiv.

étrangère ; mais hâtons-nous de préciser notre pensée, de peur qu'on ne nous accuse de vouloir porter atteinte aux droits les plus respectables de la puissance paternelle. Nous ne voulons ni affaiblir ces droits, ni en altérer le sacré caractère. Ils sont les liens les plus forts de la société, la religion les a consacrés, et la main qui chercherait à déplacer leurs bornes légitimes serait sacrilège. Nous convenons donc volontiers que les enfants ne peuvent, sans crime, manquer de consulter leurs parents dans une affaire aussi intéressante pour la famille que l'est leur mariage ; c'est une conséquence nécessaire du respect et de l'amour qu'ils leur doivent de droit naturel, et c'est avec raison que les lois sévissent contre ceux qui manquent à ce devoir. Mais précisément il faut la sanction d'une loi et partant l'existence d'une société pour assurer l'accomplissement de ce devoir. Car, dans l'état de nature, l'homme, à l'exemple des autres animaux, ne reste lié aux auteurs de ses jours que pendant cette période de faiblesse et d'impuissance, où il ne peut seul, pourvoir à sa subsistance et à la conservation de sa vie. Aussitôt que la nature lui a donné assez de force pour se passer des secours étrangers, il n'est plus subordonné à l'autorité d'autrui. Sa dépendance cesse, et le même sentiment de force qui le livre à lui-même, lui inspire l'envie d'en faire l'essai et d'en communiquer la surabondance pour se reproduire. Le feu circule dans ses veines et cherche à déployer son activité. Il porte ses regards brûlants sur tous les objets qui l'environnent : sur lequel tombera son choix ? La nature n'y oppose

aucun obstacle, mais l'état social met un frein à son indépendance. Il lui marque les limites précises où il peut porter les droits du cœur sans blesser ceux de la société. Soit que son choix resserre, soit qu'il étende ces limites, il intervertit également l'ordre social.

De ce que nous venons de dire, il est aisé de conclure que la nécessité du consentement des parents au mariage de leurs enfants ne peut remonter avant l'établissement des sociétés. Il faut donc en venir, sur cet objet, à l'étude des législations positives.

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I

Origine et fondement de la nécessité du consentement paternel

Quand on parcourt les différentes phases de la législation romaine sur l'autorité paternelle, on est frappé de l'atténuation progressive de cette autorité (1). Ceci, du reste, n'est point une particularité spéciale au peuple romain, mais un fait qui lui est commun avec beaucoup d'autres nations. L'histoire nous montre, en effet, les Perses, les peuples de la haute Asie, les Hébreux, et plus près de nous les Gaulois, sacrifiant aux progrès des mœurs les antiques prérogatives de la puissanee paternelle, dont le droit de vie et de mort était la plus rigou-

(1) V. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 77.

reuse expression. Ce droit barbare ne disparut, il est vrai, que très lentement chez ces divers peuples, tant l'orgueil et l'amour de la domination ont de force pour entretenir parmi les hommes les coutumes les plus cruelles ; néanmoins il devait finir par succomber sous l'influence de la civilisation.

Les Romains, à l'exemple des autres peuples, ne tardèrent pas non plus à adoucir les rigueurs de l'autorité paternelle (1). Ils commencèrent par abolir ce droit cruel qu'avaient les pères, de vendre, d'engager ou de tuer leurs enfants ; et s'ils conservèrent la nécessité du consentement des parents au mariage de leurs enfants, ce fut en limitant la durée de cette sujétion, en ordonnant aux parents de marier leurs enfants et de les doter, et en accordant à ceux-ci un recours devant les magistrats (2).

Si l'on cherche à découvrir le secret de cette atténuation progessive de l'autorité paternelle, spécialement sur le mariage des enfants, on l'aperçoit dans ce fait que chez tous les peuples de l'antiquité, cette autorité revêt un caractère essentiellement politique. Elle apparaît au berceau de toutes les sociétés anciennes, comme une institution nécessaire au maintien et au développement de l'ordre social nouvellement établi.

Et voici quelle paraît avoir été la progression de cette autorité.

A la naissance d'un gouvernement, l'autorité domestique doit être plus étendue, plus sévère, plus

(1) V. Ortolan. *Explication des Instituts*, t. II, nº 92.

(2) L. L. 25 et 19, D. *de ritu nuptiarum.*

indépendante, que lorsque les fondements de ce gouvernement sont affermis; car une société naissante est obligée, pour accélérer sa formation, de confier à chaque chef de famille le soin de maintenir l'ordre politique et constitutif de son gouvèrnement, n'ayant d'abord que peu ou point de lois qui puissent la décharger de ce soin. Mais à mesure que l'expérience et une sage prévoyance multiplient les lois coërcitives, l'autorité domestique doit diminuer, et le jour où les lois ont pourvu suffisamment au maintien de l'ordre public, on doit ôter aux chefs de famille toute autorité *politique* sur leurs enfants.

Nous disons autorité politique, c'est-à-dire qu'il ne doit pas dépendre du caprice des parents d'empêcher en définitive un mariage raisonnable ; mais quant à l'autorité *naturelle*, qui commande à l'enfant respect et amour envers ses auteurs et qui l'oblige à demander leur consentement dans les cas mêmes où il n'est pas obligé de l'obtenir, elle constitue pour les parents un droit de propriété sacré, dont les a investis la nature et dont nulle sorte d'influence ne saurait les dépouiller.

Ainsi, l'autorité politique dont les parents ont été revêtus à la naissance des Gouvernements, nous apparaît comme un dépôt, que l'impuissance et l'insuffisance des lois ont forcé la société de leur confier. Elle ne doit par conséquent rester entre leurs mains qu'autant que la raison de ce dépôt subsiste. Or, une législation suffisante détruit cette raison et amène le corps politique à reprendre aux particuliers une autorité dont ils pourraient abuser. « Les » réformes parurent inutiles dit M. Accarias, tant

» que les pères usèrent de leur pouvoir selon l'es-
» prit de la loi, c'est-à-dire avec douceur. Mais les
» abus produisirent ici leur effet ordinaire. Ils
» nécessitèrent de nouvelles et nombreuses lois.
» C'est en ce sens qu'il est vrai de dire avec Tacite :
» *corruptissima republica plurimæ leges.* » (1) En effet, quelque confiance que l'on ait aux tendres mouvements des entrailles paternelles, l'orgueil humain étouffe souvent les cris de la nature, et le plaisir de faire valoir leur domination l'emporte parfois sur la tendresse, dans le cœur des parents dénaturés. L'amour-propre leur fait préférer la satisfaction personnelle à la satisfaction de ceux qui sont les plus intéressés dans leur choix. Il est donc très important que le Gouvernement reprenne une autorité qu'il n'avait confiée que faute d'une législation suffisante, dès le moment où cette insuffisance est réparée. Aussi voyons-nous que dans l'histoire des nations, on a généralement suivi la progression dont nous venons de parler.

Cette progression, nous l'avons dit, trouve son principal fondement dans le caractère politique de l'autorité paternelle. Or, nulle part on ne voit ce caractère plus nettement accusé que dans la législation romaine. Il faut, pour comprendre le jeu de l'autorité paternelle à Rome, se dégager complètement des idées modernes sur cette institution. Elle trouve aujourd'hui son unique raison d'être dans la protection due à l'enfant, dont la faiblesse native est livrée sans défense comme sans ressources, à tous les dangers et à tous les besoins. Cela

(1) Accarias, *Op. cit.*, nº 77 (note 1).

est si vrai qu'au moment où l'homme est déclaré par la loi ou reconnu par son père en état de marcher seul sur la route de la vie, elle s'évanouit ou du moins change de caractère. Ce n'est plus alors un moyen de défense et de direction, elle est toute de conseil et d'assistance, et ses effets se bornent à obtenir du fils de famille des témoignages éternels de respect et de reconnaissance. Ajoutons qu'elle n'appartient qu'au père et que c'est seulement à défaut de celui-ci, qu'elle peut reposer, diminuée et affaiblie, sur la tête de la mère ou des ascendants plus éloignés.

Il n'en est pas de même chez les Romains, surtout aux origines de leur histoire. La puissance paternelle est une véritable royauté. Elle est instituée dans l'intérêt immédiat du père, et cet intérêt même n'est pas le dernier but de l'institution. Bien qu'appartenant au droit privé, elle est conçue dans des vues politiques (1). « La loi veut assurer la » conservation des idées religieuses par l'utilité de » culte privé, la conservation des fortunes par » l'unité de patrimoine, enfin la conservation des » mœurs et des traditions nationales par la souve- » raineté d'une seule autorité (2). » Voilà pourquoi de chaque famille elle fait une petite cité où règne le chef, c'est-à-dire l'ascendant mâle le plus éloigné, à qui sont confiés tout à la fois l'entretien du culte domestique, l'administration du patrimoine et le dépôt sacré des antiques traditions. A sa mort, l'autorité passe à ses descendants au premier degré ;

(1) Accarias, n° 75 ; Ortolan, t. I, pp. 565 et suiv.

(2) Accarias, *loc. cit.*

l'enfant ne s'en trouve affranchi que par la mort de tous ses ascendants mâles ou par une émancipation formelle. Enfin ni la mère, ni aucun ascendant maternel n'en peuvent détenir le moindre lambeau.

On voit par cette courte esquisse combien notre locution française *puissance paternelle* traduit mal les mots *patria potestas*, puisque cette dernière expression sert à désigner, non le pouvoir du père, mais le pouvoir du chef de la famille romaine, telle que nous la représente Ulpien : *Jure proprio familiam dicimus plures personas quæ sunt sub unius potestate, aut natura, aut jure subjectæ* (1)... Ainsi entendue la famille a son origine et sa base, non pas dans le mariage, comme chez nous, mais dans la puissance du chef, à la fois civile, politique et religieuse. C'est là une institution, nous dit Gaïus, tout à fait spéciale au peuple romain : *Quod jus proprium civium romanorum est ; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus (2).*

Ce caractère essentiellement despotique et l'on peut dire égoïste de la *patria potestas* se retrouve tout entier dans l'un de ses principaux attributs, le droit de consentir au mariage. Il est vrai que dans ses Instituts (3), Justinien présente la nécessité du consentement paternel comme dérivant à la fois du droit naturel et du droit civil : *nam hoc fieri debere, et ratio naturalis et ratio civilis suadet ;* et Théophile, paraphrasant ce texte, le dit inspiré

(1) L. 195. D. *de verb. signif.*

(2) Comment. I, § 55.

(3) Pr. (1-10).

par le principe *qui veut que ceux qui ont élevé les enfants jouissent de l'honneur de consentir à leur mariage*. Cependant, en dépit de ces affirmations concordantes de l'auteur des Instituts et du plus autorisé de leurs commentateurs, on convient généralement qu'il faut chercher ailleurs que dans les principes du droit naturel, l'origine et le fondement du consentement paternel.

En présence de l'indiscutable clarté du texte, on pourrait, à la rigueur, admettre qu'il reflète l'esprit de la loi à l'époque de Justinien. Encore ne faut-il pas trop s'arrêter à cette idée, car, comme le fait très bien remarquer Cujas, le fils émancipé, quelque jeune et quelque peu expérimenté qu'il fût, pouvait se marier sans le consentement du père de famille (1). Un point certain, c'est que les législateurs des époques précédentes n'avaient pas été guidés par les mêmes considérations. La nécessité du consentement personnel s'appuyait sur des raisons plus positives. Le mariage pouvait faire entrer de nouveaux membres dans la famille ; car les enfants nés d'un fils tombaient sous la puissance du *paterfamilias*. Rien de plus naturel qu'il ne pût être contracté sans l'assentiment de celui qui allait être le chef et le maître de ces nouveaux membres. A l'inverse, la famille se trouvait diminuée par le mariage de la fille, puisqu'elle s'échappait alors de la puissance paternelle, pour tomber au pouvoir du mari, *in manu mariti*. Il est vrai que la *manus* n'était pas toujours une conséquence nécessaire et immédiate du mariage ; mais nous verrons que

(1) L. 25. D. *De ritu nuptiarum*.

dans le cas même d'un mariage sans *manus,* la fille n'en relâchait pas moins les liens qui l'unissaient à son père et à ses ascendants paternels. D'ailleurs, qu'on ne l'oublie pas, si pour les enfants la puissance paternelle avait ses sévérités et ses rigueurs, elle avait aussi pour eux ses avantages et ses privilèges : ils étaient héritiers siens — *heredes sui* — c'est-à-dire jusqu'à un certain point co-propriétaires avec le *paterfamilias,* des biens que celui-ci possédait. Or, il était de principe qu'on ne pouvait malgré soi, avoir d'héritiers siens : *nemini invito suus heres adgnascitur* (2). Tous ces principes réunis avaient fait établir la nécessité du consentement du père de famille : mais le droit romain avait laissé de côté, ou tout au moins relégué à l'arrière-plan les considérations morales qui ont guidé les rédacteurs du Code civil.

Toutefois ce serait une grave erreur de penser que les Romains ont méconnu les devoirs réciproques d'affection et de tendresse des parents et de leurs enfants. Le père oubliait volontiers que la loi avait fait de lui un maître, et la jeunesse, moins subjuguée que soumise, ne demandait qu'à suivre les conseils de cette sage autorité. Le législateur lui-même n'avait sans doute exagéré les droits du père que parce qu'il croyait pouvoir se reposer sur la nature, du soin de le rappeler au sentiment de ses devoirs. Aussi est-il vrai de dire que si la nécessité du consentement paternel prenait sa source dans l'intérêt du père et ses règles dans les

(2) Instit. § 7. *de adoptionibus.*

principes du droit civil, elle se résolvait, en fait, en une mesure de protection pour l'enfant (1).

L'erreur du législateur romain a été de confondre l'effet avec la cause. Il a déduit de l'autorité paternelle les lois de la protection de l'enfance, notamment celle du consentement au mariage, et il n'a point soupçonné que cette protection était précisément la raison d'être de l'autorité paternelle.

(1) V. Accarias, n° 83.

CHAPITRE II

Personnes qui doivent requérir le consentement paternel pour se marier

Du principe que la nécessité du consentement paternel n'est qu'un élément de la *patria potestas*, nous tirerons ici trois conséquences :

La première, c'est qu'elle doit subsister aussi longtemps que dure la puissance paternelle, c'est-à-dire indéfiniment, l'idée d'une majorité émancipatrice étant à Rome absolument inconnue.

La seconde, c'est qu'elle doit cesser dès le jour où disparaît cette puissance, encore bien que les devoirs de respect et de déférence survivent à cette disparition.

La troisième enfin, c'est que le jeune âge de l'enfant ne s'oppose pas davantage à l'extinction de cette formalité complètement étrangère à toute idée de protection.

Ces conséquences que la logique nous forçait à déduire, sont entièrement confirmées par le droit.

A. — Et d'abord, disons-nous, la nécessité du consentement paternel est intimement liée à l'exis-

tence de la *patria potestas*. En d'autres termes, tout individu soumis à la puissance d'un chef de famille doit requérir son consentement pour se marier, et celui-là seul doit le requérir, qui est soumis à cette puissance.

Toutes les personnes peuvent, à Rome, se diviser en deux grandes catégories : elles sont *sui* ou *alieni juris*.

Les personnes *sui juris* ont leur droit, leur condition propre ; elles sont indépendantes de toute puissance, et par là nous savons déjà qu'elles sont affranchies de la nécessité du consentement paternel.

Les personnes *alieni juris* n'ont ni droit ni condition propre ; leur droit n'est qu'un accessoire, ou, si l'on veut, une émanation du droit d'autrui.

Les personnes *alieni juris* se subdivisent à leur tour en trois classes : elles sont *in potestate, in manu* ou *in mancipio*.

La *potestas* est le pouvoir du maître sur ses esclaves *(dominica potestas)* ou du père sur ses enfants *(patria potestas)*.

La *manus* est le pouvoir du mari ou d'un tiers sur sa femme.

Le *mancipium* est le pouvoir d'un homme libre sur une autre personne libre qui lui a été mancipée.

Nous ne dirons rien ici des esclaves, puisque leur seule qualité d'esclaves suffit à les empêcher de contracter un véritable mariage.

Les enfants en puissance nous arrêteront plus longtemps.

C'est un principe essentiel de la législation romaine, qu'un fils de famille ne peut contracter mariage sans l'assentiment de son *paterfamilias*. Nous avons longuement exposé l'origine et le fondement de cette règle ; il nous reste à en préciser l'étendue.

Cette sujétion est en principe indéfinie. Elle naît et meurt avec l'autorité paternelle. Or, comme celle-ci s'empare de l'enfant au berceau pour le conduire jusqu'à la tombe, ou du moins jusqu'à l'époque de son propre évanouissement, il s'ensuit que la nécessité du consentement paternel pèse sur le fils de famille jusque dans l'âge le plus avancé. Nos lois modernes se bornent à demander à l'enfant vis-à-vis du père une éternelle *déférence;* (1) la loi romaine exige de lui une éternelle *soumission*. Ainsi, l'époque de son adolescence, qui, en l'avertissant du moment désigné par la nature pour s'unir à un autre individu, devrait être celle de la liberté, lui apparaît, au contraire, comme celle de son plus rigoureux esclavage.

Pas plus que les effets de l'âge, ceux du mariage ne sont suffisants pour produire l'émancipation du fils de famille, et la loi romaine pousse si loin la rigueur de ses déductions, que si des époux divorcés veulent contracter ensemble une nouvelle union, ils doivent obtenir de nouveau le consentement du chef de famille. (2)

Le sexe de la personne en puissance n'est pas davantage à considérer : le fils est soumis comme la

(1) Cf. civ. Art. 152 et 153.

(2) L. 18. D, *de ritu nupt ;* L. 7. C. *de nuptiis.*

fille à la nécessité du consentement paternel, et nous verrons que si des dérogations furent plus tard apportées aux principes, en ce qui concerne cette dernière, ce fut pour renforcer la règle et non point pour l'affaiblir. (1).

Enfin ni les honneurs, ni les dignités, ni l'éclat de la profession des armes ne sont ici des causes de faveur. La même loi qui consacre une majorité politique, repousse toute majorité matrimoniale ; elle permet au fils d'exercer une magistrature et de disposer ainsi d'une partie de la puissance publique, et elle lui refuse le droit de disposer de sa propre personne. Si prodigue habituellement de ses faveurs à l'égard des militaires, elle s'en montre avare dès qu'il s'agit de porter la moindre atteinte aux prérogatives de la puissance paternelle. (2) Ainsi le fils de famille militaire ne peut se marier sans le consentement de son père, de même que le fils de famille *paganus* ; (3) il ne faut pas, dit Cujas, que la condition privilégiée des militaires impose quelque humiliation ou quelque préjudice au père de famille, car le service militaire ne met pas fin à la puissance paternelle. (4)

Seuls les flamines de Jupiter et les vestales

(1) V. *infra*, p. 15.

(2) V. toutefois L. L. 15. pr. D. *de inoff. test.* et 37 pr. C. *de inoff. test.* — Il résulte de la comparaison de ces deux lois que la *querela inofficiosi testamenti* n'est jamais recevable contre le testament d'un militaire, quoique celui-ci, en exhérédant son père, ait manqué gravement au devoir de la piété filiale.

(3) L. 25, D *de ritu nuptiarum.*

(4) Instit. I, 12, § 4.

échappent à cette puissance (1). On explique généralement cette double exception, soit par l'indépendance que paraissaient exiger ces sacerdoces, soit comme compensation des charges qu'ils imposaient (2). Mais cette explication est purement hypothétique, et, dans le silence des textes, il ne nous est pas défendu d'en hasarder une autre.

Le flamine est nécessairement marié quand il entre en fonctions ; sa femme morte, il est déchu de son sacerdoce (3). La vestale, au contraire, engagée par ses vœux dans les liens d'une perpétuelle chasteté, a renoncé pour toujours à l'espoir du mariage (4). Qui ne voit l'étroite liaison qui unit ces deux situations, à première vue si disparates ? Dans un cas comme dans l'autre, point de mariage possible et par conséquent point de consentement paternel nécessaire. Dans le premier cas ce consentement a été obtenu, dans le second jamais il ne sera demandé. Si l'on veut maintenant réfléchir que le droit de consentir au mariage constituait dans l'esprit du législateur, la plus importante prérogative de la puissance paternelle, — elle touchait, nous l'avons vu, à la constitution de la famille et par suite à celle de la cité, — on ne sera point étonné qu'il ait totalement affranchi du joug de cette puissance ceux qui

(1) Les quelques autres exceptions du même genre que l'on trouve dans les textes, celle attachée, par exemple, à la dignité de patrice, ne furent apportées que très tard.

(2) V. Accarias, n° 118.

(3) Aulu-Gelle, *nuits att.* x, 15.

(4) Aulu-Gelle, I, 12.

échappaient déjà, par la force des choses, à son principal attribut.

A côté de la *patria potestas*, nous avons signalé la *manus* et le *mancipium*. Nous ne dirons que quelques mots de ces deux pouvoirs.

Lorsque la *manus* prend sa source dans le mariage, il va de soi que la question de consentement à une nouvelle union ne peut se poser pour la femme qu'après la dissolution de la première. Dans ce cas, si son défunt mari était *filiusfamilias*, la femme se trouvant *loco neptis* vis-à-vis de son beau-père, ne pourra convoler en secondes noces sans avoir préalablement obtenu son consentement.

Quant à la *manus fiduciæ causa*, elle constituait un état essentiellement temporaire, ne durant que le temps nécessaire à la réalisation de certains effets juridiques. Remarquons, d'ailleurs, qu'elle portait toujours sur une femme *sui juris*, et comme le *coemptionator* s'engageait par un *contrat de fiducie* à manciper immédiatement la femme à une personne qui devait l'affranchir, celle-ci recouvrait, après son affranchissement, la pleine indépendance de sa personne et de sa liberté.

Enfin le *mancipium* apportait sans doute aussi quelques restrictions à la capacité matrimoniale. Les Instituts de Gaius, seul ouvrage où nous trouvions quelques détails sur cette institution, gardent un silence complet sur le point qui nous occupe ; mais les principes qui régissent à Rome les diverses puissances nous permettent de conjecturer que l'individu *in mancipio* avait besoin, pour se marier, du consentement de son maître.

Sous Justinien, il n'y a plus ni *manus* ni *mancipium ;* aussi cet empereur se contente-t-il de nous dire que les personnes *alieni juris* sont en puissance dominicale ou en puissance paternelle (1).

B. — Du principe que la nécessité du consentement paternel n'est qu'un élément de la *patria potestas*, nous avons tiré une deuxième conséquence : c'est qu'elle doit disparaître avec elle. Telle est bien aussi la conclusion romaine : l'enfant sorti de puissance, le fils émancipé, par exemple, jouit, pour se marier, d'une pleine indépendance (2).

Cependant il n'en est pas moins tenu de respecter son père, car le droit au respect n'est pas, comme les autres attributs de la puissance paternelle, le monopole du *paterfamilias*. La preuve en est que la mère est ici associée au père et que les autres parents eux-mêmes n'y sont point étrangers (3). Si donc la nécessité du consentement paternel eût été fondée sur les devoirs de déférence qui incombent à l'enfant, elle eût survécu à l'extinction de la puissance paternelle. Or, il n'en est pas ainsi à Rome : la puissance paternelle vient-elle à s'évanouir, l'enfant est désormais affranchi de l'obligation de requérir, pour se marier, le consentement du chef de famille. Bien plus, il n'est même pas tenu de prendre conseil de sa sagesse et de son expérience : la théorie des actes respectueux est une conception relativement moderne, complètement ignorée des Romains.

(1) Inst. pr. 1, 8.
(2) L. 25, D. *de ritu nuptiarum.*
(3) L. 6, D. *de in jus vocando.*

Nous croyons inutile de nous étendre ici sur les causes d'extinction de la puissance paternelle. Toutefois, comme chacune d'elles supprime indirectement et par contre-coup la nécessité du consentement au mariage, il est indispensable d'en donner au moins l'énumération. Ces causes sont au nombre de six. Ce sont : 1° La mort du *paterfamilias* ou de la personne soumise à sa puissance ; 2° la perte du droit de cité ; 3° la perte de la liberté ; 4° l'élévation à certaines dignités ; 5° l'émancipation ; 6° enfin l'adoption, dans l'ancien droit (1).

C. — Nous avons dit, en troisième lieu, que la protection due à l'enfant ne s'oppose pas plus que le respect dû au père, à la disparition de la formalité du consentement paternel. L'enfant *sui juris*, si jeune qu'il soit, se marie donc régulièrement sans consulter personne.

On ne dérogea jamais à cette règle en ce qui concerne le fils ; mais la liberté de la fille souffrit, au contraire, d'importantes restrictions.

Et d'abord, à l'époque où les femmes se trouvaient en tutelle perpétuelle, elles avaient besoin, pour se marier, de l'*auctoritas tutoris* (2). Mais ceci n'est pas, à proprement parler, une exception à notre principe, car on sait que la tutelle des femmes était, du moins à l'origine, étrangère à toute idée de protection. Il faut descendre jusqu'au règne d'Antonin et de Septime-Sévère, pour trouver, non point

(1) On sait que Justinien a modifié les règles de l'adoption, en laissant l'adopté dans sa famille naturelle, qand l'adoptant n'est pas un ascendant.

(2) Ulpien XI, § 22; Accarias, n° 165.

encore une réforme complète, mais du moins « l'ébauche d'une conception nouvelle, d'après laquelle le consentement des parents n'aurait plus été exigé que dans l'intérêt direct et exclusif de l'enfant (1). » Ces empereurs exigèrent pour le mariage de la fille *sui juris*, le consentement de sa mère, de son tuteur et de ses proches : en cas de désaccord entre ces personnes, la décision appartenait au président de la province.

Signalons, dans le même ordre d'idées, deux importantes constitutions datant du Bas-Empire. C'est d'abord une constitution des empereurs Valentinien, Valens et Gratien (2), qui décide que la veuve mineure de vingt-cinq ans, même émancipée, ne pourra se marier sans le consentement de son père, ou, après la mort de son père, sans l'assentiment d'un conseil de famille composé de sa mère et de ses proches. Si, sur le choix à faire dans ce conseil, la volonté de la femme ne s'accorde pas avec celle de la mère (3) et des proches parents, il faudra, pour autoriser ce choix, recourir à l'intervention du pouvoir judiciaire : alors, si les prétendants sont égaux par la naissance et le mérite, on donnera la préférence à celui sur lequel la femme aura porté son choix réfléchi. Mais afin que les parents les

(1) Accarias, n° 83.

(2) L. 18. C. *de nuptiis.*

(3) C'est à tort que le texte porte le mot *patris*, dû sans doute à l'inattention d'un copiste. Ce mot ne se trouve, en effet, ni dans le Code Theodosien (L. 1 *de nuptiis*) d'où est tiré la loi 18, ni dans le texte grec des Basiliques (liv. 28, tit, 4). Il faut donc le biffer, comme le propose Pothier, (Pand. *de ritu nupt*) ou y substituer le mot *matris*, comme le propose Cujas. (Observ. III, 5).

plus proches appelés à la succession éventuelle de la femme ne s'opposent point par calcul à un mariage avantageux, si on a le moindre soupçon à ce sujet, on appellera, pour donner leur avis, ceux qui ne sont pas ses héritiers présomptifs. — Une constitution d'Honorius et de Théodose (1) étendit les règles précédentes à toute mineure de vingt-cinq ans. Elle contenait en outre une disposition assez grotesque, pour le cas où la jeune fille se trouvait dépendre d'un curateur : dans cette hypothèse, si elle avait à choisir entre plusieurs prétendants également honorables et que la pudeur ne lui permît pas de se prononcer devant ses parents proches, il appartenait au juge de choisir pour elle.

Une dernière restriction à la liberté matrimoniale des filles *sui juris* est celle qui concerne la femme affranchie. Il paraît résulter, en effet, d'un passage d'Ulpien, qu'elle ne pouvait contracter mariage sans le consentement de son patron (2).

(1) L. 20. C. *de nuptiis*.

(2) *Règles*, XI, § 22.

CHAPITRE III

Personnes dont le consentement est requis

Toute la théorie du consentement au mariage se trouve résumée dans ces lignes du jurisconsulte Paul : *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes : id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt (1).* Laissant de côté le rôle des conjoints, nous nous proposons d'examiner ici quelles sont les autres personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage.

Tout enfant en puissance, sans distinction de sexe, doit obtenir, pour se marier, le consentement de son *paterfamilias*.

Nous avons vu que cette nécessité prend sa source, pour le fils comme pour la fille, dans les modifications que le mariage peut apporter à la constitution de la famille. Nous savons également que le caractère de ces modifications diffère suivant le sexe des personnes en puissance. Tandis que la famille se trouve éventuellement augmentée par le mariage du fils, elle se trouve, au contraire,

(1) L. 2. D. *de ritu nuptiarum.*

diminuée par le mariage de la fille. Les enfants à naître du mariage du fils tomberont, en effet, sous la puissance de son propre *paterfamilias*, au lieu que le mariage de la fille va produire un résultat complètement opposé : non seulement ses enfants ne tomberont pas sous la puissance de son *parterfamilias*, mais elle-même va s'y soustraire pour passer sous une autre autorité, sous la *manus* de son mari.

Qu'on ne dise pas que le mariage est possible sans la *manus*, et que dans un pareil cas, la nécessité du consentement paternel ne se justifie plus. Sans doute, la *manus* n'est pas toujours une conséquence directe et immédiate du mariage. Il est même vrai de dire qu'elle ne s'acquérait le plus souvent qu'après la célébration des noces. Mais cette simple éventualité devait suffire, selon nous, à justifier la nécessité du consentement paternel. En effet, parmi les modes qui servaient à constituer la *manus*, il en est un au moins, la cohabitation annale, qui devait être, par sa nature même, indépendant de la volonté paternelle. (1) Par conséquent, si l'on eût autorisé

(1) Nous n'entendons pas soutenir que l'on pouvait acquérir la *manus* sur une femme sans le consentement de son *paterfamilias*. La *manus*, en effet, présuppose un mariage légitime qui la précède ou l'accompagne ; or, nous avons admis que pour ce mariage, le consentement du père était indispensable.

Ce que nous contestons, c'est l'opinion d'après laquelle le père ayant donné son consentement au mariage, ce consentement serait de nouveau nécessaire pour établir la *manus*. Selon nous, si l'on exige le consentement du père même dans le cas d'un *mariage libre*, c'est-à-dire d'un mariage sans *manus*, c'est précisément, comme nous le disons au texte, pour que le mari n'acquière pas ensuite la *manus* par l'effet d'une prescription annale, contre le gré du *paterfamilias*. Mais quand le père a donné son consentement

la femme à contracter un *mariage libre* sans le consentement de son père, elle serait parvenue, avec le temps, à se soustraire indirectement à sa puissance. C'est précisément ce résultat que le législateur voulait éviter.

Le consentement du *paterfamilias* suffira-t-il toujours ? Le petit-fils en puissance d'aïeul ne devra-t-il pas joindre à l'autorisation de celui-ci, le consentement de son père ?

La réponse à ces questions ne saurait être absolue. Ici encore il faut distinguer entre le petit-fils *(nepos)* et la petite-fille *(neptis)*. Pour celle-ci le consentement du *paterfamilias*, de l'aïeul dans l'espèce, est toujours suffisant (1). Pour les enfants mâles il y a, au contraire, ceci de particulier, qu'ils doivent obtenir le consentement, non seulement de celui sous la puissance duquel ils sont, mais encore de celui sous la puissance duquel ils doivent retomber (2). Ainsi, un *nepos ex filio* doit joindre le consensentement de son père à celui de son aïeul ; pour la

au mariage, qu'est-il besoin de le lui demander pour la *manus* ? N'a-t-il pas, en le donnant une première fois, assumé toutes les conséquences de sa détermination ?

S'il était vrai que le consentement du père fût nécessaire pour l'établissement de la *manus*, il faudrait admettre, et les textes s'y opposent par leur généralité, qu'il ne l'est pas pour le *mariage libre*. En effet, à quoi servirait-il ? A empêcher la fille d'échapper malgré son père à la puissance paternelle ? Celà ne se peut, puisque nous supposons admis pour un instant qu'un nouveau consentement sera nécessaire pour constituer la *manus*. A protéger la femme contre son inexpérience ? Ce serait méconnaître les principes sur lesquels repose la nécessité du consentement paternel.

Ajoutons enfin que l'*usus* étant une véritable prescription, répugne à toute idée de consentement de la part de celui qui la subit.

(1) V. notamment la L. 16, § 1, *de ritu nuptiarum*.

(2) V. même loi.

neptis ex filio, le consentement de l'aïeul suffit. Accurse donne de cette disposition la raison suivante : « muliebris oportet accelerare nuptias, ne quid committat turpe. » Ceci n'a aucun sens. Il faut chercher ailleurs que dans des raisons de sentiment, le secret de la différence entre le petit-fils et la petite-fille. L'explication tient tout entière dans ce fait, qu'à la mort de l'aïeul, si le fils n'a pas été émancipé, le *nepos* retombera sous la puissance du fils, qui est son père. Si donc il était possible au *nepos* de se marier avec le simple consentement de son aïeul, ses enfants deviendraient les héritiers siens d'une personne qui n'a point consenti au mariage de leur père ; or, le droit s'oppose à ce qu'un homme ait des héritiers siens malgré lui (1). C'est par la même raison que quand j'adopte un homme en qualité de *nepos ex filio,* le consentement de mon fils est nécessaire (2). Nous verrons également que si l'on donne à la fille du fou furieux plus de facilités pour se marier qu'on n'en donne au fils, cela tient à une cause analogue.

Notons, en passant, que si le père ne peut pas donner à son fils, malgré celui-ci, des héritiers siens, il peut, au contraire, lui enlever les héritiers siens qu'il possède, même contre sa volonté. Ainsi, un aïeul qui a sous sa puissance un fils et un petit-fils *ex filio*, peut très bien sans l'assentiment de son fils, émanciper son petit-fils ou le donner en adoption.

Les principes que nous venons de poser n'ont jamais été sérieusement contestés. Pour la fille,

(1) L. 6, D. *de adoptionibus*.

(2) Instit. XI, § 7.

aucune controverse n'était d'ailleurs possible, car les textes qui déclarent suffisant le consentement de l'aïeul sont formels et tous d'accord entre eux. Il n'en est malheureusement pas de même pour le fils. Nous sommes ici en présence de deux textes qui paraissent contradictoires : d'un côté, la loi 16 § 1, *de ritu nuptiarum,* qui dit formellement dans sa première partie : *nepote uxorem ducente,* et filius consentire debet ; — de l'autre, la loi 3, au même titre, conçue en termes non moins clairs : *si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos,* me solo auctore, *contrahi posse Pomponius scribit; et verum est.* Voici l'espèce prévue par ce dernier texte : un aïeul a sous sa puissance un petit-fils et une petite-fille, issus de deux frères et par conséquent cousins germains. Si l'on appliquait à cette hypothèse les règles ordinaires, le petit-fils devrait, pour épouser sa cousine, obtenir à la fois le consentement de son aïeul et celui de son père, puisqu'il va leur donner à tous deux des héritiers siens. Quant à la petite-fille, nous savons qu'elle peut se contenter du consentement de son aïeul. Or, le texte de la loi 3 paraît assimiler ici le petit-fils à la petite-fille, en déclarant que le consentement de l'aïeul est suffisant pour l'un comme pour l'autre.

Les interprètes se sont efforcés de concilier ces textes, en apparence contradictoires. Les uns ont un moyen fort simple de résoudre la difficulté : ils la suppriment. L'antinomie des textes n'est, dit-on, que le résultat d'une erreur de copiste, due à la précipitation fâcheuse avec laquelle fut composé le Digeste.

D'autres sont d'avis que l'auteur de ces deux textes a changé d'opinion sur le point qui nous occupe. On fait remarquer à l'appui de cette conjecture, que les deux passages de Paul sont tirés d'ouvrages différents : la loi 16 § 1, du commentaire sur l'édit perpétuel ; la loi 3, du commentaire sur Sabinus (1).

Accurse (2) prétend que la loi 3 fait allusion au cas où le père est mort ou furieux ; en effet, dans la première de ces deux hypothèses il va de soi, et dans la seconde les textes décident, que le consentement de l'aïeul suffit (3). Cette explication est ingénieuse, mais elle n'est qu'ingénieuse. C'est une allégation purement divinatoire, qui ne repose sur aucune preuve ; car Paul, dans la loi 3, ne s'occupe en aucune façon de la mort ou de la folie.

Cujas émet une autre opinion. D'après lui, la loi 3 constitue une véritable exception au principe posé par la loi 16, § 1, exception qui se justifie aisément par les circonstances de l'espèce. Si l'on se contente ici du consentement de l'aïeul sans exiger celui du père, c'est qu'à raison de la proche parenté des époux, le père doit être présumé favorable au mariage, car on ne lui donne pas un étranger pour héritier sien. Ce système nous paraît de beaucoup préférable au précédent, car il a sa base dans le texte de la loi 3 elle-même. Toutefois, est-il besoin de dire qu'il ne nous satisfait pas pleinement ? Nous

(1) Sur ces deux premières opinions, Voy. Ameline, nullités de mariage, Th. D. L'auteur opte pour la seconde.

(2) *Glossa magna*, ad hanc legem.

(3) L. 9, D. *de ritu nuptiarum*.

accordons à Cujas qu'il peut y avoir avantage à laisser le *paterfamilias* le seul arbitre des mariages à faire dans la famille ; mais cet avantage, si vraiment il existe, nous paraît un bien faible argument pour justifier une disposition si manifestement contraire aux principes. Aussi croyons-nous devoir proposer une dernière explication.

Selon nous, on attribue à la loi 3 une portée qu'elle n'a pas. Nous pensons qu'elle n'était, dans l'esprit des rédacteurs du Digeste, qu'une application pure et simple de la loi 2, qui la précède immédiatement. La loi 2 *in fine* dit en substance : les futurs époux doivent obtenir, pour se marier, le consentement des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent ; — et la loi 3 ajoute, en manière de conclusion : si donc ils se trouvent en la puissance d'une seule et même personne, un seul consentement leur sera nécessaire. Tel est le sens exact de cette loi ; elle ne dit pas autre chose. Elle encadre dans une espèce, le raisonnement que nous venons de faire *in abstracto*, mais elle n'y ajoute ni un développement ni une idée. N'ajoutons nous-mêmes ni à son texte ni à son esprit, et ne cherchons pas à l'embrouiller par des sous-entendus qu'elle ne contient pas. Elle s'occupe du consentement *du chef de famille*, point d'autre chose. Quant aux autres personnes dont le consentement doit parfois s'ajouter à celui du chef de famille, il n'en est pas ici question ; ce n'est que plus loin, dans la loi 16, que le législateur abordera ce sujet.

Il nous reste à dire quelques mots du père adoptif. Dans le droit classique, l'adoption produisait les effets

les plus radicaux. L'adopté entrait dans la famille de l'adoptant, complètement dépouillé de tous les droits ou privilèges dont il était investi dans sa famille naturelle. Il tombait, par le fait, sous la puissance de l'adoptant, dont il devenait l'héritier sien et nécessaire. Il en résultait que le père naturel n'avait plus à s'occuper du mariage de son fils; c'était au père adoptif seul qu'il appartenait d'y donner son consentement.

Ce droit primitif subit sous Justinien une transformation capitale. Dans l'importante constitution qui forme la loi 10 au Code, *de adoptionibus*, Justinien distingue entre l'adoption par un étranger et l'adoption par un ascendant. La première ne transfère plus la puissance paternelle et n'opère plus aucun changement de famille. Il s'ensuit que le droit de consentir au mariage de l'adopté demeure, malgré l'adoption, l'apanage du père naturel. La seconde, au contraire, conserve la plénitude de ses anciens effets et déplace par conséquent l'exercice de la *patria potestas*.

Nous venons d'énumérer les personnes dont le consentement était nécessaire à la validité du mariage : c'était, en somme, le père de famille, naturel ou adoptif, et quelquefois le fils de famille lui-même, lorsqu'il s'agissait du mariage de l'un des représentants masculins de la deuxième génération.

Quant aux ascendants maternels, leur consentement ne fut jamais requis. La mère elle-même n'était point consultée pour le mariage de ses enfants, ceux-ci fussent-ils exposés par

le décès prématuré d'un père, à tous les dangers de leur inexpérience. La rigueur de cette règle ne lui fait rien perdre de sa logique : elle n'est qu'une conséquence des principes que nous avons posés. On sait, en effet, que le droit pour les ascendants de permettre ou d'empêcher le mariage de leurs descendants dérive uniquement de la puissance paternelle ; or, ni la mère ni les ascendants maternels ne sont admis à partager cette puissance. C'est ainsi que les Romains, par un respect exagéré de leurs vieilles institutions, s'étaient vus forcés de méconnaître la mission de la mère au sein de la famille et le rôle de la femme dans la société. Mais le moment vint où une religion nouvelle, après avoir relevé la dignité sociale de la femme, indiqua au monde la place que devait occuper la mère au foyer domestique. Dès lors put exister entre les deux époux cette véritable association entrevue et indiquée par Modestin dans sa belle définition du mariage (1). C'est pour se conformer, sans doute, à cet ordre d'idées, que Valens et Valentinien, et après eux, Honorius et Théodose, exigèrent que la fille ou la veuve privée de l'appui d'un père, requît, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le consentement de sa mère ou de ses proches parents. Nous avons étudié dans un précédent chapitre le détail de ces réformes ; il est donc inutile d'y revenir.

(1) L. 1. D. *de ritu nuptiarum.*

CHAPITRE IV

Nature et étendue du consentement paternel

Nous avons déjà mesuré l'étendue de l'autorité paternelle au point de vue des personnes qui en sont l'objet : c'est ce que nous pourrions appeler le domaine *extrinsèque* de la puissance paternelle. Nous avons vu, dans cet ordre d'idées, que ni l'âge, ni le sexe, ni les dignités, ni l'existence d'un premier mariage ne peuvent dispenser un enfant de requérir, pour se marier, le consentement de son *paterfamilias*.

Il nous reste à voir un autre aspect de la question. Laissant de côté toute considération de personnes, nous allons prendre la nécessité du consentement paternel là où elle existe, pour en examiner la nature, l'étendue *intrinsèque* et les caractères. En d'autres termes, après avoir vu dans quels cas elle fonctionne, nous allons voir comment elle fonctionne.

Voici en quels termes Justinien, dans ses Instituts, pose le principe du consentement au

mariage : *Justas nuptias inter se cives romani contrahunt, dum tamen, si filiifamilias sint, consensum habeant parentium quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet ; in tantum ut jussum parentis præcedere debeat* (1). Faut-il prendre le mot *jussum* à la lettre, c'est-à-dire avec son caractère impératif, et reconnaître au père le droit d'imposer le mariage aux enfants qu'il a sous sa puissance ? Cette question se rattache à l'étude du consentement des époux eux-mêmes ; mais elle en occupe la frontière, et nous pouvons l'aborder sans crainte de nous éloigner de notre sujet. Elle a même avec celui-ci des affinités si étroites, que nous ne pourrions, sans être incomplet, la négliger ici.

Le *paterfamilias* pouvait-il donc imposer le mariage à ses enfants en puissance? Il n'est personne qui ne soit tenté de le nier, tant il est vrai qu'une pareille prérogative apparaît, non comme un droit, mais comme une usurpation de pouvoirs. Permettre au père de choisir une femme pour son fils, un mari pour sa fille, et d'imposer ensuite à chacun les élus de son choix, c'est faire dégénérer la puissance paternelle en un rigoureux despotisme, aussi contraire aux lois de la nature qu'aux intérêts de la société.

Tel aurait été cependant le caractère de la législation romaine primitive. La plupart des auteurs reconnaissent, en effet, que dans le très ancien droit, le père de famille pouvait imposer le mariage à ses

(1) *Instit.*, p. I; 10.

enfants (1). Ils ne possèdent, il est vrai, aucune preuve directe de cet état de choses, mais leur logique supplée à cette insuffisance. Ils jettent les yeux sur les différentes institutions de la Rome antique, et un argument d'analogie suffit à les convaincre. Cette législation rigoureuse ne saurait nous étonner outre mesure, chez un peuple qui accordait au père des droits aussi absolus que celui de vendre ou de tuer ses enfants, et qui d'autre part considérait le fait de mourir sans postérité comme le plus grand malheur qui pût frapper un citoyen.

Cette rigueur du droit primitif a, d'ailleurs, laissé des traces dans la législation postérieure. Au deuxième siècle encore, le mariage contracté par un fils de famille sur l'ordre de son père avec une personne qu'il n'eût pas épousée de son plein gré, était tenu pour valable par certains jurisconsultes. Celse nous dit en effet : « *Si patre cogente, ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium (2).* »

Le droit classique lui-même n'a point rompu complètement avec ces mœurs barbares. Un progrès, toutefois, paraît s'être accompli : il est consacré par une distinction entre le fils et la fille. Si l'on en croit le témoignage d'Ulpien, le consentement qu'on demandait à cette dernière n'était guère sérieux (3). Elle est censée consentir, nous dit-il, toutes les fois quelle ne résiste pas ouvertement aux

(1) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, pages 50-52 ; Glasson, *Du Consentement des époux au mariage*, n° 3 ; Sumner-Maine, *L'Ancien Droit*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 131.

(2) L. 22. D. *de ritu nuptiarum.*

(3) L. 12. p. D. *de sponsalibus.*

volontés de son père : *quæ voluntati patris non repugnat.* Bien plus, elle ne peut refuser de ratifier le choix fait par celui-ci, que si l'époux qu'on lui présente est un homme de mauvaise vie ou un individu flétri par le mépris public. Dans tous les autres cas, quelles que soient ses préférences, quelle que soit même l'antipathie qu'elle éprouve pour son futur mari, elle est forcée de subir le joug de la volonté paternelle. Doit-on s'étonner, après cela, de la profonde aversion des Romains pour le mariage et de la multiplicité des divorces? — Le fils de famille jouit, au contraire, d'une liberté plus grande. La loi 21, *de ritu nuptiarum*, dit expressément : *non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.* On peut louer les jurisconsultes romains de cette concession faite au progrès des mœurs ; mais pourquoi faut-il qu'ils se soient arrêtés en chemin, et qu'après avoir rendu au fils sa liberté, ils aient maintenu la fille dans une étroite dépendance ? On ne saurait, pour expliquer cette inconséquence, faire intervenir ici les idées qui ont servi de base à l'organisation de la famille romaine ; il faut donc chercher le secret de cette anomalie dans l'influence des préjugés antiques sur la condition de la femme. Les Romains n'ont fait qu'imiter ici l'exemple des autres nations de l'antiquité, dont la plupart considéraient la femme comme un être inférieur et la traitaient comme une esclave. Il a fallu les efforts séculaires d'une civilisation toujours chancelante et indécise, pour arriver à régénérer la femme et à lui donner dans la famille la place qui lui appartient.

Sous Justinien, le problème de l'assimilation des

sexes paraît enfin résolu. Toutefois, le souvenir des anciens principes était encore si vivace et leur influence si profondément enracinée dans les mœurs, que, même sous ce prince, tout vestige de l'inégalité primitive n'avait point disparu. Sans doute la fille ne pouvait plus être mariée malgré elle, mais le simple refus d'accepter l'époux que lui présentait son père, constituait pour ce dernier, un juste motif d'exhérédation (1).

Cet état de la législation sous Justinien n'étant contesté par personne, nous avons à peine besoin de réfuter l'argument qu'on pourrait tirer du texte des Instituts pour soutenir que le père de famille pouvait encore marier d'autorité ses enfants en puissance. Il ne faut pas attacher au mot *jussus* plus d'importance qu'il n'en a. Dans la plupart des textes, il est employé comme synonyme de *consensus*, quand il désigne le consentement donné par un père de famille à des personnes placées sous sa puissance (2). On ne saurait, d'ailleurs, lui donner ici une autre signification, sans être démenti par Justinien lui-même, qui, dans la première partie du texte, nous fait entendre clairement qu'il ne s'agit point d'un ordre, mais d'un simple consentement. Ajoutons enfin que le Digeste, dans la loi 21 *de ritu nuptiarum*, confirme nettement cette interprétation.

Si le *jussus* du père de famille n'a pas le caractère

(1) Toutefois, la novelle 115, qui contient cette disposition, semble ne permettre au père d'exhéréder sa fille, que dans le cas où elle refuse un mari pour *mener une conduite légère*. — V. aussi au Dig, (L. 1, III. 2) un autre vestige fort curieux de l'ancien droit.

(2) *Instit, II*, 9 § 3 ; II, 14 § 1 ; III, 3, § 2.

d'un véritable commandement, a-t-il du moins celui d'un véritable consentement? N'est-ce pas, au contraire, une vaine formalité, analogue à celle que prescrit notre code civil pour les majeurs de vingt-cinq ou de vingt et un ans, une concession de pure forme, faite aux devoirs de respect et de déférence des enfants envers leurs parents, en un mot un de ces consentements que l'on est toujours forcé de demander sans jamais être obligé de l'obtenir ?

Il suffit de lire les textes pour se convaincre que rien ne ressemble moins à un conseil que le consentement exigé du *paterfamilias*. La précision des termes employés interdit toute espèce de doute à cet égard. Ici c'est le mot *consensus* (1), plus loin les expressions de *voluntas* et d'*auctoritas* (2), ailleurs celle plus énergique encore de *jussus* (3). Ce que la loi demande, c'est un consentement dans la véritable acception du mot, c'est-à-dire une autorisation émanant de la volonté libre et réfléchie de celui qui la donne. Le fils de famille qui se heurte à un refus de la part de son père, se trouve donc en présence d'une barrière infranchissable et non point seulement d'un de ces obstacles qu'on évite par quelque détour.

Faut-il déduire de cette idée toutes les conséquences qu'elle comporte, et décider que le père de famille pourra, par une invincible obstination, condamner ses enfants à un célibat perpétuel ? La

(1) L. 2. D, *de ritu nuptiarum.*

(2) L. 16, *eod. tit.*

(3) Instit, pr. *de nuptiis.*

réponse à cette question pourrait trouver ici sa place naturelle ; mais comme nous réservons un chapitre spécial aux exceptions que souffre la nécessité du consentement paternel, nous croyons plus logique d'y renvoyer notre solution. Disons seulement que l'autorité paternelle, qui était, sur ce point comme sur tant d'autres, illimitée à l'origine, se vit imposer peu à peu des bornes légitimes et finit par se dépouiller tout à fait de son ancienne rigueur.

Un dernier point reste à examiner : celui de savoir si la volonté du père se trouve enchaînée par le consentement qu'il a donné, ou s'il peut, revenant sur sa première décision, dissoudre un mariage qui a cessé de lui plaire. On peut trouver étrange une pareille question, tant il paraît invraisemblable qu'on ait jamais armé le père d'une aussi importante prérogative. Il suffit cependant de jeter les yeux sur les premiers monuments de la législation romaine, pour se convaincre que cette omnipotence du père n'est point une conception de notre esprit, mais qu'elle fut jadis l'expression de la volonté d'un peuple. Les Romains, qui, pour satisfaire leurs vues politiques, n'avaient point reculé devant une organisation tout à fait arbitraire de la famille et du pouvoir domestique, devaient en accepter toutes les conséquences, quelque rigoureuses, quelque impitoyables qu'elles fussent. A côté de l'autorité royale, ils avaient créé l'autorité paternelle ; et tandis que la première avait ses limites, la seconde ne connaissait point de bornes. Cela tient à ce que tous les pouvoirs se trouvaient

concentrés entre les mains du père, à la fois juge et législateur. « La législation des assemblées, dit M. Sumner-Maine, n'atteignait que les chefs de famille : pour tout autre individu, la règle de conduite était le droit de la maison, c'est-à-dire la loi faite par le père (1). » Or, comment imposer des bornes au père législateur ? Il n'en aurait pu trouver que dans les principes du droit naturel, et ce sont précisément ces principes dont les Romains s'étaient à dessein écartés, en organisant la puissance paternelle. Ainsi s'explique le droit exorbitant reconnu au père de dissoudre par un acte de sa volonté le mariage de ses enfants.

M. Labbé (2), se plaçant à un tout autre point de vue, donne une explication fort élégante de la prérogative accordée au père. Il ne s'agit plus ici de justifier la rigueur de cette prérogative, mais simplement de la concilier avec les principes du droit. Comment expliquer que le père qui a consenti au mariage, puisse reprendre ce qu'il a donné et défaire ce qu'il a fait ? Il est certain, par exemple, qu'il ne pourrait pas rétracter l'autorisation qu'il aurait donnée pour un acte juridique, tel qu'une adition d'hérédité. Comment se fait-il qu'il le puisse pour le mariage ?

« C'est, dit M. Labbé, que le mariage est un état » de fait, une manière de vivre, un rapport continu » entre deux existences. Le mariage ne se forme » pas comme un contrat, à un moment donné et

(1) *L'ancien droit.* V. trad. Courcelle-Seneuil, p. 159.

(2) Sur l'*Explication historique des Instituts,* d'Ortolan, t. II, app. 2.

» d'une façon définitive. Il suppose des conditions » multiples, qui peuvent se réaliser les unes après » les autres et arriver ensuite à concourir ensemble. » Il commence à exister par la réunion de ces » conditions ; il se prolonge par leur permanence ; » il s'évanouit par la cessation de l'une d'elles. » Un fils de famille s'est uni à une femme avec l'assentiment de son *paterfamilias* : l'état de mariage légitime existe ; le père retire sa volonté : l'union cesse d'être un *matrimonium justum*. Que s'est-il donc passé ? L'état de fait s'est tout simplement transformé.

Cette conception du mariage donne le secret de plusieurs particularités que l'on rencontre dans la législation romaine. Nous n'en citerons qu'un exemple. Supposons que deux époux, faits prisonniers ensemble, reçoivent ensemble la liberté. Par suite de la fiction du *postliminium*, leur mariage sera censé n'avoir jamais été dissous (1). Si, au contraire, un seul époux, le mari par exemple, a été captif, en vain la femme sera restée dans la maison conjugale, en vain elle aura gardé la fidélité à son mari : le mariage dissous ne reprendra pas sa force par le retour de ce dernier (2). Pourquoi cette apparente contradiction ? C'est que dans le premier cas, la cohabitation physique est demeurée possible entre les époux, tandis que dans le second, leur séparation est un fait ineffaçable qui s'oppose à l'application du *postliminium*, fiction toute puissante

(1) Constitution de Sèvère et d'Antonin (L. 25, D. 49, 15).

(2) Tryphoninus, L. 4. *Disputationum* (L. 12, § 4, D. 49, 15).

dans le domaine du droit mais inefficace dans celui des faits.

La même idée conduit tout naturellement à la faculté du divorce et de la répudiation ; il suffit de reproduire, à propos du consentement des époux, le raisonnement que nous avons fait pour celui du père.

Tel était le mariage romain, du moins à l'origine : un simple état de fait. Mais au fur et à mesure que l'on avance dans l'histoire, l'institution se transforme ; le mariage ressemble davantage à un contrat productif d'obligations durables, dissoluble seulement pour causes déterminées. Ce mouvement, commencé par les empereurs païens dans un intérêt de moralité sociale, a été continué par les empereurs chrétiens, sous l'influence des croyances religieuses (1). Il a trouvé sa consécration, relativement au consentement paternel, dans une constitution du Bas-Empire, dont l'honneur revient à Antonin-le-Pieux, suivant les uns (2), à Marc-Aurèle, suivant les autres (3). Cette constitution ouvre une ère nouvelle dans la législation du mariage. En supprimant le droit exorbitant qui appartenait au père d'imposer le divorce à ses enfants, elle resserre et fortifie le lien conjugal, désormais à l'abri des caprices d'une volonté étrangère. Toutefois, dans quelques cas particulièrement graves, l'ancienne prérogative du père reparaît avec toute son énergie et lui permet de dissoudre pour

(1) Labbé, *loc. cit.*

(2) Paul, *sentences*, V. 6, § 15.

(3) L. 5, C. V. 17.

des raisons majeures, un mariage valablement contracté (1). Ulpien nous apprend qu'il en était ainsi dans le cas où la folie mettait l'enfant dans l'impuissance de manifester lui-même sa volonté (2). Il n'est pas douteux qu'après l'importante réforme que nous venons de signaler, le père ne pouvait plus contraindre ses enfants au divorce. Mais on a parfois essayé de soutenir qu'il pouvait arriver indirectement au même résultat. L'hypothèse à laquelle nous voulons faire allusion est prévue par Justinien dans ses Instituts (3). Il suppose qu'un père de famille, voulant adopter son gendre ou sa bru, néglige d'émanciper au préalable sa fille ou son fils. Une telle adoption avait pour conséquence de conférer au gendre ou à la bru la qualité de frère ou de sœur vis-à-vis de son conjoint, de sorte que chacun des époux se trouvait en possesion de deux qualités incompatibles. Pour trancher la difficulté, le législateur avait à choisir entre la dissolution du mariage et la nullité de l'adoption : il s'est prononcé pour la dissolution du mariage.

On s'est emparé de cette solution pour soutenir que le père pouvait encore, dans le dernier état du droit, amener, au moins indirectement, ses enfants au divorce. Mais on oublie un point essentiel : c'est que le consentement de l'adopté était la première condition requise pour parvenir à l'adoption (4). Il

(1) L. 5. C, V, 17.

(2) L. 4. D, XXIV, 2.

(3) § 2, I, 10.

(4) L. 5. D, I, 7.

s'en faut donc de beaucoup, comme le fait très bien remarquer M. Accarias (1), que dans le droit de Justinien et même à toute autre époque, on puisse expliquer la dissolution du mariage, dans le cas qui nous occupe, par le pouvoir qu'aurait eu le père d'imposer le divorce à ses enfants. Cette dissolution n'est assurément pas contestable, mais elle est voulue et acceptée par les époux eux-mêmes. La raison en est que le gendre ou la bru, en se prêtant à l'adoption, ne saurait être réputé avoir voulu commettre un inceste : en conséquence, il faut lui supposer ou l'intention absurde de faire un acte nul, ou l'intention beaucoup plus vraisemblable de divorcer pour rendre l'adoption possible (2).

Les limites apportées au pouvoir du père n'étaient qu'un premier pas dans la voie de l'indissolubilité du mariage. Cette réforme fut suivie de beaucoup d'autres (3), et le jour vint où l'union conjugale, jadis à la merci du père de famille, ne fut même plus abandonnée au caprice des époux (4).

---

(1) et (2) Accarias, t. II, pp. 195 et suiv.

(3) V. novelle 117, qui contient le résumé complet des dispositions des empereurs chrétiens.

(4) L. 12 C. V, 17.

CHAPITRE V

Formes du consentement paternel et conditions requises pour sa validité

Les formes si diverses sous lesquelles peut se manifester un consentement, se ramènent, en définitive, aux deux suivantes : la forme *expresse* et la forme *tacite*. La première comprend le langage, le signe et l'écriture, qui n'est elle-même qu'une variété du signe. Quant à la seconde, elle embrasse un champ beaucoup plus vaste, dont il serait difficile de tracer les limites.

Sans entrer dans le détail de ces formes multiples, demandons-nous simplement si le fils de famille doit obtenir de son père un consentement exprès, ou s'il peut se contenter d'une adhésion tacite.

La loi romaine s'est montrée particulièrement facile pour la manifestation du consentement paternel. A la différence de notre loi française, qui exige la présence d'un officier public (1), elle ne prescrit aucune espèce de solennité. Du moment où il est

(1) C. Civ. art. 73.

établi que le père consent au mariage, peu importe, par exemple, qu'il refuse de signer l'acte dressé pour le constater. Cette observation, que nous empruntons à une constitution des empereurs Sévère et Antonin, était d'ailleurs bien inutile à faire, puisque l'acte écrit n'était lui-même, par rapport au mariage, qu'une formalité superflue.

Bien loin d'imposer au père une manifestation solennelle de volonté, le droit romain n'exige même pas de lui un consentement exprès. C'était assez, nous dit la loi 5, au code, *de nuptiis,* que le père de famille, connaissant l'union contractée par son enfant, ne fît entendre aucune réclamation : *consentire videtur, qui scit nec contradicit.*

Cette solution est confirmée par un texte de Paul, qui forme la loi 11, au Digeste, *De statu hominum.* Paul suppose un mariage contracté par une fille, du vivant de son père, mais à l'insu de celui-ci *(vivente patre et ignorante);* l'enfant né de ce mariage, dit le jurisconsulte, ne sera pas légitime, alors même que sa naissance serait postérieure à la mort du grand-père. D'où il résulte par *a contrario* que si le mariage avait eu lieu *vivente patre et sciente*, l'enfant serait légitime. Ceci revient à dire que le consentement paternel peut être tacite et même résulter du simple silence gardé par le père.

Quelques auteurs ont prétendu tirer de ce texte un second argument *a contrario*, pour en limiter l'application au mariage de la fille. Remarquons, en effet, que dans l'exemple choisi par Paul, il n'est pas question du mariage du *fils.* On en a conclu que pour ce dernier le consentement du père devait être

manifesté d'une façon expresse et formelle. Nous ne saurions admettre cette manière de voir que s'il était prouvé ou tout au moins probable que Paul a voulu, dans le passage que l'on invoque, exposer un point de doctrine. Or, ce passage est tiré, non pas d'un traité de droit, mais d'un recueil de consultations (1). Par conséquent, tout porte à croire qu'il s'agit ici d'une simple décision d'espèce, relative au mariage d'une fille.

Les partisans du système contraire invoquent, il est vrai, à l'appui de leur opinion, un autre passage de Paul, relatif aux fiançailles (2). Après avoir posé en principe qu'il faut, pour se fiancer, le consentement des mêmes personnes que pour se marier, Paul ajoute ce qui suit : «*Intellegi tamen semper filiæ patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit.* »

Remarquons d'abord que ce texte est relatif aux fiançailles, point au mariage, et qu'il serait au moins téméraire de l'étendre d'un cas à un autre. En second lieu, nous ferons observer que Paul se contente de rapporter l'avis d'un autre jurisconsulte, sans l'approuver ni même l'apprécier, ce qui pourrait nous autoriser à croire qu'il s'agit ici d'une opinion isolée, que n'avait point consacrée le droit de l'époque. Enfin il est possible de donner au texte une tout autre signification que celle que lui prêtent nos adversaires. La loi se réfère sans doute aux cas où le père est fou, captif ou absent (3). Dans ces

(1) Lib. 18, *Responsorum.*

(2). L. 7 § 1. D, *de sponsalibus.*

(3) V. en ce sens Accarias, t. I, p. 187, note 1.

divers cas, en effet, il est certain que les fiançailles de la *fille* étaient valables, et nous verrons bientôt que la même solution s'appliquait au mariage. La raison qu'en donnent les jurisconsultes, c'est que si le père ne peut pas consentir quand il est fou, captif ou absent, il ne peut pas davantage désapprouver. Pour le *fils*, au contraire, on se heurtait à la vieille règle : *nemini invito heres suus adgnascitur;* aussi la solution admise pour la fille ne fut reçue, quant à lui, que très tard, peut-être seulement sous Justinien.

Nous avouons que le texte de Paul ne fait aucune allusion aux cas de folie, de captivité ou d'absence du père ; mais ce qui nous engage à persister néanmoins dans notre opinion et à maintenir que le consentement du père pouvait être tacite même pour le fils, c'est que d'une part, rien ne nous paraît justifier une différence entre le fils et la fille, et que d'autre part, nous trouvons dans les Fragments du Vatican (1) un dernier texte qui nous semble de nature à dissiper tous les doutes. Voici l'hypothèse qu'il prévoit : « Titius a profité de l'absence de son père pour épouser Septicia, et il a reçu du père de celle-ci le paiement de la dot. Sur ces entrefaites, le père de Titius revient, mais ne fait aucune opposition au mariage, qui subsiste ainsi jusqu'au jour où Titius vient à mourir. A ce moment, une question se pose : le père de Titius, *qui s'est borné à ne rien dire, (eo quod non contradixit pater)*, sera-t-il censé avoir consenti au mariage et pourra-t-il être actionné du chef de son fils, en restitution de la dot ? — Et voici la réponse de Paul : le père a ratifié tout à la fois le

(1) § 102.

mariage et le paiement de la dot ; il sera donc tenu de restituer celle-ci. » Il est impossible de dire plus clairement que le père était censé consentir au mariage de son fils, par cela seul qu'il ne s'y opposait pas. Si donc, comme on a tout lieu de le croire, l'espèce prévue par l'auteur des Fragments reproduit fidèlement celle qui a dû faire l'objet de la réponse de Paul, il est péremptoirement démontré que, dans l'opinion de ce jurisconsulte, le consentement tacite était suffisant pour le mariage du fils.

Ainsi tombe le système d'après lequel une différence aurait été faite sur ce point, entre le fils et la fille. Tout le monde reconnaît, d'ailleurs, que dans le droit de Justinien cette différence n'existe plus (1).

S'il n'est pas nécessaire que le consentement du père de famille soit exprès et formel, il faut, du moins, qu'il soit *déterminé*. La raison en est facile à saisir : c'est qu'il doit être donné en connaissance de cause. A ce principe se rattache la loi 34, au Digeste, *de ritu nuptiarum*, qui suppose le cas assez extraordinaire où un père de famille aurait donné à l'un de ses enfants, à sa fille par exemple, le mandat de chercher un époux. Dans cette hypothèse, si la fille a fait son choix et s'est mariée suivant ses goûts, y aura-t-il *justæ nuptiæ* ? Papinien se prononce pour la négative. Il faut, dit-il, que la fille désigne à son père l'homme dont elle a fait choix, car il n'est point de mariage sans le consentement du père. — Cette solution nous paraît naturelle. Remarquons, en effet, que dans l'hypothèse prévue par Papinien, la fille n'a pas reçu le pouvoir de se

(1) L. 25 C. *de nuptiis.*

marier, mais, ce qui est bien différent, le mandat de chercher un mari. Ce mandat, pareil à celui que l'on donne à un courtier matrimonial, lui impose, dit Cujas, l'obligation de rendre compte, c'est-à-dire, dans l'espèce, de soumettre son choix à l'approbation paternelle.

Faut-il aller plus loin et donner la même solution pour le cas où le père aurait conféré à sa fille le pouvoir général d'épouser qui elle voudrait ? Papinien ne prévoit pas cette question. Cujas, qui n'a point dédaigné de la traiter, si invraisemblable qu'en soit l'application, la résout encore contre la fille. Celle-ci jouira sans doute d'une plus grande liberté que dans le premier cas, mais elle devra néanmoins renfermer son choix dans des limites raisonnables. Il en est de cette question, dit-il, comme de celle du gage général, dont il est parlé au Digeste (1). Il est évident qu'un débiteur qui engage l'universalité de ses biens, n'entend pas pour cela se dépouiller des objets de première nécessité, de ses vêtements, par exemple ; de même, le père qui laisse le choix d'un époux à la discrétion de sa fille, n'entend pas renoncer au droit d'empêcher de honteuses mésalliances. L'ingénue ne pourra donc pas invoquer la généralité de son mandat pour épouser un affranchi, l'honnête fille pour se livrer à un individu noté d'infamie. Il n'y a pas de parole, si générale qu'elle soit, qui ne contienne quelque restriction dans l'esprit de celui qui la prononce (2). On excepte quelque chose de

(1). L. 6. D. de pignor.

(2) L. 9. D. de servitutibus.

l'hypothèque générale, du mandat général de gérer les affaires d'autrui (1) ; pourquoi n'en serait-il pas de même du mandat général de choisir un époux ?

En résumé, le consentement paternel n'est assujetti à aucune forme spéciale, mais il ne faut pas que la généralité de sa formule lui imprime un caractère indéterminé.

Avons-nous besoin d'ajouter qu'il doit *précéder* l'union des conjoints ? Justinien le déclare formellement dans ses Instituts (2), et c'est là une exigence tellement conforme au droit civil et à la raison naturelle, qu'elle semblait devoir être à l'abri de toute contestation et de toute critique. C'est cependant une question controversée, dit M. Ortolan (3), que celle de savoir si le mariage contracté sans le consentement du chef de famille pouvait être ratifié par la suite. Sans aucun doute le chef pouvait donner son consentement, et le mariage, dès ce moment, devenait légitime ; mais ce consentement était-il une véritable ratification ayant un effet rétroactif ?

En présence de la clarté et de la concordance des textes, nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative. La loi 11, *de statu hominum,* que nous avons eu déjà l'occasion de citer, suppose qu'une fille de famille s'est mariée sans le consentement de son père. Elle devient grosse, et au cours de sa grossesse, le père vient à mourir. Ce décès imprime à l'union des époux tous les caractères d'un mariage

(1). L. 60 . D. III, 3.

(2). Pr. I, 10.

(3) *Explic. histor. des Instituts,* t. II, p. 86.

valable ; car, en donnant à la fille la plénitude de sa liberté, il équivaut pour elle à un véritable consentement. Mais la question se pose de savoir si l'enfant naîtra légitime. Le jurisconsulte Paul la résout négativement, par le motif que la conception de cet enfant n'est pas le fruit d'une union régulière. Qu'est-ce à dire sinon que le consentement paternel n'opère que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif ?

Ulpien (1) n'est pas moins explicite. Le mari, dit-il, n'a point qualité pour accuser sa femme d'adultère à raison d'une infidélité antérieure au mariage. Peu importe même qu'elle fût alors déjà sur le pied d'une épouse légitime, en vertu d'un mariage auquel il ne manquait, pour être tout à fait valable, que l'approbation paternelle. Cette approbation donnée après coup ne suffira pas, nous dit Ulpien, pour transformer en crime d'adultère l'infidélité commise par la femme. Ceci prouve bien que le consentement du père est sans effet dans le passé et qu'il ne ressemble en rien à une véritable ratification.

On peut assimiler ce cas à celui où l'un des époux n'avait point l'âge requis au moment où il s'est marié. Le mariage d'une fille impubère, par exemple, ne devient valable que le jour où elle atteint sa douzième année, et il ne produit d'effets qu'à compter de cette date (2).

Ces décisions sont fort rationnelles et cadrent

(1) Lib. 2, *de adulteriis* (L. 13, § 6, D. XLVIII, 5).

(2) L. 4, D, *de ritu nuptiarum*,

merveilleusement avec la théorie du mariage romain, telle que nous l'avons esquissée. Rappelons-nous qu'à Rome, l'idée de mariage est tout à fait étrangère à l'idée de contrat. « Le contrat une fois » formé, dit M. Labbé, produit tous ses effets, » malgré le changement survenu dans l'état des » volontés ; car celles-ci, en s'accordant un jour, ont » noué définitivement les obligations. Le mariage, » au contraire, est un état durable, qui suppose » non seulement la réunion mais aussi la perma- » nence d'un certain nombre de conditions (1). »

Nous avons vu que le droit primitif avait fait une rigoureuse application de ce principe en décidant que le consentement donné par le père n'enchaînait point sa liberté pour l'avenir. Il était logique d'en déduire la même conséquence pour le passé et de refuser au consentement paternel toute espèce d'effet rétroactif.

Outre les conditions de temps ou de forme que nous venons de mentionner, il va de soi que le consentement paternel doit réunir toutes les conditions intrinsèques sans lesquelles un acte de volonté ne saurait exister. Ainsi il est indubitable que le père de famille doit être sain d'esprit. S'il se trouve en état de démence, non seulement son consentement est vicié, mais il y a absence complète de consentement. Consentir c'est faire un acte de volonté et d'intelligence, et comme le fou n'a ni l'une ni l'autre, il lui est impossible de consentir. Nous verrons, toutefois, que le fils de famille dont

(1) Labbé, *sur l'Explic. histor. des Instituts*, d'Ortolan, t. II. App. 2.

le père ne pouvait donner un consentement valable, ne fut pas toujours privé de la faculté de se marier.

Il est presque naïf d'ajouter, avec les textes, que le consentement doit être réel et non point simulé (1). Enfin il ne doit être infecté d'aucun vice assez grave pour en altérer l'essence.

(1) L. 30, D. *de ritu nuptiarum.*

CHAPITRE VI

Sanction de la formalité du consentement paternel

Les jurisconsultes romains soupçonnaient à peine les savantes et ingénieuses distinctions que la doctrine contemporaine a introduites entre les nullités et les annulabilités. Tout porte à croire qu'ils n'ont même pas connu notre division fondamentale des empêchements de mariage en empêchements prohibitifs et empêchements dirimants. L'action en nullité ne se trouve nulle part organisée dans les textes. Ni les lois, ni les constitutions impériales n'ont pris soin d'indiquer les cas où elle pourrait être invoquée, les personnes à qui il serait permis de s'en prévaloir, les fins de non-recevoir qui lui seraient opposables. C'est qu'en droit romain, une règle unique, presque sans exception, domine cette matière ; toutes les violations de la loi sont, en principe, soumises à la même sanction et punies de la même peine : la nullité. Il s'agit ici, d'ailleurs, pour nous servir d'expressions modernes, d'une *nullité de droit*, c'est-à-dire d'une nullité absolue, perpétuelle et imprescriptible, n'ayant besoin d'être prononcée ni par le préteur ni par le juge.

Un grand nombre de textes formulent expressément cette doctrine. Nous citerons le plus saillant et le plus significatif : « *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor,* nec nuptiæ, nec matrimonium, *nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quales sunt ii quos mater vulgo concepit...* » Ainsi parle Justinien dans ses Instituts (1). On ne saurait dire en termes plus clairs ni plus énergiques, que la violation des prescriptions légales rend le mariage absolument nul.

Si nous appliquons cette règle générale au cas particulier qui nous occupe, nous sommes logiquement amené à conclure que là où le consentement paternel fait défaut, le mariage n'existe pas. Cependant cette solution paraît ébranlée par un texte de Paul, assez obscur d'ailleurs, qui a défrayé l'imagination de tous les interprètes : « *Eorum qui in potestate patris sunt,* nous dit Paul dans ses *Sentences*, *sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur;* sed contracta non solvuntur. *Contemplatio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur*(2).» Ce fragment semble, au premier abord, s'harmoniser assez mal avec la doctrine que nous avons exposée. Le sens naturel qui s'offre immédiatement à l'esprit est, en effet, celui-ci : « Les enfants en puissance ne peuvent se marier sans le consentement de leur père ; mais une fois le mariage contracté, pas de nullité possible. » En d'autres termes, pour

(1) § 12 *de nuptiis.*

(2). II, 19, § 2.

emprunter encore le langage moderne, nous serions en présence, non pas d'un empêchement dirimant, mais d'un simple empêchement prohibitif.

Dès l'époque carolingienne, le rédacteur des formules du Sirmond (1) avait interprété dans ce sens le passage de Paul, et au XVI[e] siècle encore, Cujas (2) et Godefroy (3) le traduisaient de la même façon. Le mariage contracté sans la volonté des parents, disait Cujas, ne peut pas être brisé sans la volonté des époux ; car, comme le fait remarquer le jurisconsulte Paul, la considération de l'utilité publique est préférée aux intérêts des particuliers. Les intérêts des particuliers, ce sont ceux des pères, qui ont à souffrir des mariages contractés sans leur assentiment. Ils doivent s'effacer devant l'intérêt public, qui s'oppose à ce que les mariages ne soient pas trop facilement annulés.

On n'admet plus aujourd'hui cette interprétation, désavouée à la fois par les textes, par l'extrême simplicité des formes du mariage et par l'esprit général de la législation romaine.

Le jurisconsulte Paul, dans son commentaire sur l'Edit, proclame nettement l'inexistence du mariage contracté sans la volonté du père : *nuptiæ* consistere non possunt, *nisi consentiant omnes : id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt* (4). Et si l'on trouve que ce texte n'est point assez formel, qu'on se reporte à

(1) Eug. de Rozière, *Recueil général des Formules*, T. I. p. 290.

(2) Sur les lois 2 et 10, D, *de ritu nuptiarum.*

(3) Sur la loi 15, *eod. tit.*

(4) L. 2. D. *eod. tit.*

la loi 11, *de statu hominum*, que nous avons plusieurs fois citée, et dans laquelle le même jurisconsulte refuse expressément le bénéfice de la légitimité à l'enfant issu d'un mariage contracté sans l'autorisation du père de famille. Plutôt que d'opposer ainsi à Paul son propre témoignage, ne vaut-il pas mieux renoncer à une interprétation dont le naturel séduit, mais qui aboutit à prêter à un jurisconsulte deux opinions contradictoires ? Ce sacrifice est d'autant plus facile qu'il ne rend pas inexplicable le passage de Paul. Nous verrons, en effet, qu'on peut l'interpréter dans un tout autre sens, qui a l'avantage, non seulement de n'être pas démenti, mais encore d'être confirmé par l'auteur des *Sentences*.

Nous avons dit aussi que l'interprétation donnée par nos adversaires était désavouée par l'extrême simplicité des formes du mariage. Elle aboutirait, en effet, à faire considérer le défaut de consentement du père comme un simple empêchement prohibitif. Or, la distinction entre l'empêchement prohibitif et l'empêchement dirimant est inconcevable dans une législation comme la législation romaine, où le mariage se *conclut* mais ne se *célèbre* pas. On connaît les formes sommaires du mariage romain. Il ne réclame ni solennité, ni intervention d'un officier public. Un simple échange de consentements, la mise de la femme à la disposition du mari suffisent à le consacrer. L'empêchement prohibitif est incompatible, par sa nature, avec une pareille simplicité. Il appelle à lui des garanties sérieuses de forme et de contrôle, destinées à en assurer le respect. S'il est libre de toute entrave, ce n'est plus un véritable

empêchement, mais une prohibition tout à fait illusoire.

Enfin c'est se mettre en contradiction avec l'esprit général de la législation romaine, que de considérer le défaut de consentement du père comme un simple empêchement prohibitif. Nous avons vu quelle était à Rome l'énergie primitive de la puissance paternelle, et combien les lois postérieures se sont montrées respectueuses de ses importantes prérogatives. Loin de songer à limiter les pouvoirs du père, le législateur en avait, au contraire, exagéré l'étendue. C'est ainsi qu'il accordait au père le droit exorbitant de dissoudre, malgré l'accord des époux, un mariage auquel il avait consenti. Comment croire qu'il soit tombé tout à coup dans l'excès contraire, en consacrant la validité d'un mariage contracté au mépris de l'autorité paternelle? Enfin est-il nécessaire de faire remarquer combien il serait étrange que dans notre droit, où cette autorité est infiniment moins forte qu'à Rome, il y eût là un cas de nullité que les Romains n'admettaient pas?

Pour tous ces motifs, on s'accorde généralement à penser qu'il y a, dans l'espèce, un empêchement dirimant. Si donc les enfants se sont unis sans le consentement du chef de famille, il n'y aura ni mariage, ni époux, ni dot, mais un simple commerce illicite. Doneau met ce point en lumière dans une argumentation pleine de vigueur, et Pothier reproduit la même doctrine avec une égale conviction.

Si tel est, en réalité, le caractère de la nullité

fondée sur le défaut du consentement du père, que signifie donc le passage de Paul, point de départ de la controverse ? On peut en donner deux interprétations, en dehors de celle que nous avons formellement repoussée.

D'après une première opinion, Paul ferait allusion à l'impossibilité pour le fils de famille de divorcer sans la volonté de son père. Ceci fut certainement vrai à une époque ancienne, et il est remarquable que Justinien lui-même a fait, sur ce point, un retour partiel au droit primitif (1). Mais il est fort douteux que cette interprétation réponde à la véritable pensée du jurisconsulte Paul.

D'après une seconde opinion, qui paraît devoir rallier tous les suffrages, le texte ferait allusion à la Constitution d'Antonin le Pieux qui a dépossédé le père du droit exorbitant de briser un mariage valablement contracté. Cette opinion est d'autant plus vraisemblable qu'on relève dans les *Sentences* de Paul une seconde allusion, formelle cette fois, à la réforme dont nous voulons parler. Voici d'ailleurs comment s'exprime Pothier, l'un des partisans les plus autorisés de cette opinion, peut-être même son premier défenseur :

« Ces termes : *sed contracta non solvuntur,* ne doi-
» vent pas s'entendre dans le sens qu'ils paraissent
» d'abord présenter. Pour connaître le véritable
» sens de ces termes, il faut les rapprocher d'un
» autre texte des *Sentences* de Paul : lib : 5, t. 6,
» § 10, où il est dit : *Bene concordans matrimonium*
» *separari a patre D. Pius prohibuit.*

(1) L. 12, C. *de repudiis.*

» Avant cette constitution d'Antonin, la puissance » paternelle ne se bornait pas à empêcher que les » enfants de famille ne pussent contracter mariage » sans le consentement de leur père, mais même » après que le mariage avait été valablement con- » tracté avec le consentement du père, la puissance » paternelle donnait encore le droit au père de dis- » soudre le mariage de sa fille par le divorce, lors- » qu'il le jugeait à propos, même malgré sa fille, » lorsque sa fille mariée était demeurée en sa » puissance. C'est ce que nous apprenons d'un juge- » ment d'Ennius, où ce poète fait ainsi parler une » fille :

» *Si improbum esse Ctesiphontem existimaveras,*
» *Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,*
» *Cur talem invitum, invitam cogis linquere?* (1).

» L'Empereur Antonin ayant trouvé que ce droit » qu'avaient les pères de dissoudre le mariage des » enfants qu'ils avaient sous leur puissance, lors- » qu'il était bien concordant, était contraire au bien » public et au bon ordre de la société, abolit ce droit » par une constitution.

» Il est facile, à présent, d'apercevoir le sens de » ces termes : *sed contracta non solvuntur*. Après » que Paul a dit que les enfants de famille ne » peuvent valablement contracter mariage sans le » consentement de leur père, en la puissance de qui » ils sont, *Eorum qui in potestate patris sunt, sine*

(1) « Si tu avais pensé que Ctésiphon n'était pas un honnête homme, pourquoi m'avoir donné à lui en mariage ? Au contraire, s'il est honorable, pourquoi me forcer à l'abandonner malgré moi, malgré lui-même ? »

» *voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur,*
» il ajoute : *sed contracta non solvuntur*, c'est-à-dire :
» mais lorsque les mariages ont été une fois vala-
» blement contractés, le consentement du père y
» étant intervenu, le père n'a plus le droit de les
» dissoudre, comme il l'avait autrefois. Ensuite
» Paul nous apprend la raison qui a porté l'empe-
» reur à abolir ce droit que donnait autrefois au
» père la puissance paternelle : c'est, dit-il, que
» l'intérêt public et le bon ordre de la société, qui
» ne permettent pas de dissoudre des mariages bien
» concordants, doivent prévaloir, à cet égard, aux
» droits de la puissance paternelle, qui ne con-
» tiennent qu'un intérêt de particuliers : *contemplatio*
» *enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præ-*
» *fertur* (1). »

Nous croyons avoir suffisamment démontré que le défaut de consentement du père est un empêchement dirimant, c'est-à-dire un empêchement dont la violation entraîne la nullité absolue du mariage.

On s'est demandé s'il fallait restreindre cette décision au mariage des enfants en puissance ou la généraliser à tous les autres cas. Nous savons, en effet, que les enfants en puissance ne furent pas toujours les seules personnes soumises à l'obligation de requérir, pour se marier, le consentement paternel. Deux constitutions du Bas-Empire (2) avaient décidé que les femmes, filles ou veuves, mineures de vingt-cinq ans, ne pourraient se marier,

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 17.

(2) L. L. 18 et 20, C. *de nuptiis.*

même au cas d'émancipation, sans l'intervention de leur père, de leur mère ou de leurs proches parents. La question se pose donc de savoir s'il s'agit encore ici d'un véritable consentement, en l'absence duquel il n'est point de mariage possible.

Doneau, qui a traité cette question, la résout par l'affirmative. Selon lui, la femme qui contrevient aux dispositions légales, fait un acte radicalement nul. La raison en est qu'il ne s'agit point ici de demander un conseil, mais d'obtenir un consentement. En vain l'on invoquerait l'apparente bonhomie des termes de la loi, pour soutenir l'opinion contraire. Le mot *sententia* dont se sert la loi 18, est, par lui-même, assez faible, mais il se trouve renforcé dans la loi 20, par des expressions beaucoup plus énergiques. Ce n'est pas tout : quand il se présente plusieurs partis pour la fille, il peut arriver que le choix de la mère et des proches parents contrarie ses préférences ; or, dans ce cas, on s'en rapporte à l'autorité judiciaire. Il s'ensuit que la fille ne peut épouser à son gré le fiancé de son choix ; sinon l'intervention du magistrat ne se comprendrait pas. On peut ajouter enfin que la loi 20 met sur le même rang le consentement de la mère et celui de la fille. Or, il est évident que sans le consentement de la fille le mariage ne saurait exister ; il faut en conclure que le consentement de la mère n'est pas moins indispensable à sa validité.

Nous croyons devoir nous rallier à cette opinion, qui fut aussi celle de Jacques Godefroy (1) et que

(1) Ad. L. 1, C. Theod. *de nuptiis.*

Pothier lui-même semble avoir adoptée (1). Selon nous, le système contraire, qui paraît avoir été celui de Cujas (2), aurait pour conséquence de rendre illusoire la prohibition de la loi et de lui enlever ainsi toute son utilité. S'il est vrai, en effet, comme nous espérons le démontrer, que la nécessité du consentement paternel n'a d'autre sanction que la nullité du mariage, il va de soi que cette nullité s'impose pour assurer le respect de la loi.

Voyons maintenant si la nullité du mariage constitue, en réalité, l'unique sanction de l'obligation imposée au fils de famille.

A Rome, la violation des empêchements de mariage avait le plus souvent la portée d'un délit ; c'est pourquoi la confiscation de la dot était le corollaire habituel de la nullité du mariage. Ajoutons que des peines sévères, soit afflictives, soit infamantes, aggravaient encore la rigueur de cette sanction pécuniaire. Faut-il appliquer ces règles au cas où le consentement paternel n'a pas été obtenu ? Nous ne le pensons pas, et le motif de notre opinion nous paraît déterminant : il réside tout entier dans ce fait, qu'il n'est pas possible d'étendre une peine d'un cas à un autre. Il y eut, il est vrai, dans la législation romaine, une époque où le droit criminel se trouvait à la plus grande incertitude ; mais le système des *questions perpétuelles* le fit sortir de l'arbitraire

(1) Pandectes, *de ritu nuptiarum* (XXIII, 2).

(2) Comm. in tit IV, *de nuptiis*, liv. V, code. — Cujas ne s'explique pas catégoriquement. Il dit seulement que le mariage contracté sans le consentement du père est nul, sans étendre cette décision au défaut de consentement de la mère et des parents.

auquel il était abandonné. Au lieu de ces missions provisoires, *quæstiones*, données pour chaque cause et sans aucune précision législative des conséquences de l'affaire, des lois spéciales organisèrent pour chaque infraction une délégation perpétuelle, *quæstio perpetua* (1). Chaque délit ayant sa loi, eut également sa pénalité, et dès ce moment il ne régna plus dans la législation aucune incertitude qui permît d'appliqner des peines par analogie. Il faudrait donc un texte précis pour considérer comme délictueux et frapper d'une pénalité le fait d'avoir contracté mariage sans l'autorisation paternelle. Or, ce texte, nous l'avons cherché vainement dans les divers monuments de la législation romaine qui nous sont parvenus. Nous ne trouvons même pas de peine pécunaire formellement prononcée dans le cas qui nous occupe. Il y a bien dans le Code (2) une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, qui prononce d'une façon générale l'annulation des avantages matrimoniaux, en cas d'union illicite. Mais la rubrique du titre où elle est placée nous fait croire qu'elle s'applique spécialement aux unions incestueuses.

Au surplus, l'opinion contraire se heurte, nous l'allons voir, à des textes formels. — Quand un mariage a été contracté en violation de la loi, la peine ordinaire est la confiscation de la dot, c'est-à-dire sa revendication par le fisc. On sait que la dot est la fortune que la femme,ou un tiers en son nom,

(1) Ortolan. *Explic. histor. des Instit.* t. I, nos 277 et suiv.

(2) L, 4, *de incestis et inutilibus nuptiis.*

apporte au mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage. La femme peut, en principe, exiger la restitution de sa dot à la dissolution du mariage ; mais quand la loi a été violée, il n'y a pas lieu à l'action en répétition de la dot (1) : celle-ci est revendiquée par le fisc. Qu'un tuteur, par exemple, épouse sa pupille, ou un gouverneur de province une de ses administrées, la dot ira grossir le trésor public. Ce n'est pas tout : bien que par la suite l'union puisse devenir légitime, par exemple quand le tuteur aura résigné ses fonctions ou l'administrateur son mandat, la dot n'en restera pas moins la propriété du fisc (2). Le trésor public reçoit mais ne rend pas. — Or, des textes formels nous mettent dans l'impossibilité d'appliquer ces dispositions au cas où la nullité du mariage provient de l'absence du consentement paternel. Supposons, par exemple, qu'un fils de famille se soit marié en l'absence et à l'insu de son père. A son retour, le père, mis au courant du mariage, n'y fait point d'opposition. Ce silence équivaut, nous l'avons vu, à son consentement. Mais il n'en est pas moins vrai que jusqu'à cette époque, le mariage s'est trouvé nul, le consentement du père n'ayant aucun effet rétroactif. Dira-t-on que dans cette hypothèse la dot est devenue la propriété du fisc, et que par conséquent la femme n'aura pas plus le droit de la réclamer que le mari n'aura l'obligation de la restituer ? Nous ne saurions l'admettre, car ce serait une contradiction manifeste avec le § 102 des

(1) L. 52. D. *de ritu nuptiarum.*

(2) L. 8. § 1 C. *de nuptiis.*

Fragments du Vatican, qui décide formellement qu'il y aura lieu, dans l'espèce, à l'action en restitution de dot.

Assurément nous ne prétendons pas qu'il puisse y avoir une dot en l'absence d'un mariage valable. Nous serions formellement désavoué par Justinien, qui nous dit dans ses Instituts : *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec matrimonium, nec dos intelligitur* (1). Aussi, remarquons-le bien, s'il y a lieu à répétition de la dot dans l'espèce que nous venons de citer, c'est que le mariage est devenu valable ultérieurement par le consentement du père, et que, à compter de ce jour, la dot a pris elle-même son véritable caractère.

Ce que nous prétendons, c'est que dans le cas où le consentement paternel fait défaut, la dot ne sera point confisquée et devra, en conséquence, être restituée à la femme, nonobstant la nullité du mariage. Mais comme, à proprement parler, il ne s'agit pas ici d'une véritable dot, puisque nous supposons le mariage entaché de nullité et d'une nullité qui n'a pas été couverte, cette restitution devra se faire immédiatement, c'est-à-dire à la première demande de la femme, qui se trouve l'avoir payée sans cause.

Les enfants de famille mariés sans le consentement de leur père n'encourent pas non plus de peines infamantes. Le Digeste consacre un titre spécial à l'énumération des personnes notées d'infamie (2),

(1) I, 10. § 12.

(2) *De his qui infamia notantur.*

or, les enfants dont nous parlons ne s'y trouvent point compris, et ceci est d'autant plus remarquable que la note d'infamie est la sanction la plus ordinaire de la violation des prescriptions légales relatives au mariage.

Enfin, quant aux peines corporelles et afflictives que la loi prononce contre les unions illicites et principalement contre l'inceste, leur sévérité même est une raison de plus pour les écarter, à défaut d'un texte spécial et formel.

Nous en aurions fini avec la sanction de la formalité du consentement paternel, s'il ne nous restait à dire quelques mots des effets de la bonne foi.

Les sanctions, soit pénales, soit civiles, qui atteignent les unions illicites, pouvaient se trouver modifiées, à Rome comme chez nous, par diverses circonstances particulières qu'il fallait nécessairement prendre en considération. La législation du Bas-Empire, qui avait prodigué les peines les plus sévères contre ces sortes d'unions, savait elle-même pardonner à la bonne foi et au repentir. C'est ainsi qu'une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius excepte de ses rigueurs les individus, *tam feminæ quam viri, qui aut errore non affectato insimulatove... decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi* (1). La loi ne mettait à cette faveur qu'une seule condition : il fallait qu'aussitôt l'erreur découverte, les prétendus époux *conjunctionem hujusmodi sine ulla procrastinatione diremerint* (2).

(1) L. 4. C *de incestis et inutilibus nuptiis*.

(2) Même loi.

Faut-il appliquer ces règles au cas où le mariage a été contracté sans le consentement paternel? Supposons, par exemple, qu'un fils de famille se soit marié sans songer à demander à son père un consentement qu'il croyait parfaitement inutile (1). Pourra-t-il se prévaloir de son erreur pour échapper à la sanction qui frappe un pareil mariage? Nous ne le pensons pas. Le principe qui a servi de base à la théorie française du *mariage putatif* existait bien à Rome, mais on ne trouve aucune règle générale formulée sur ce point. Aussi faut-il considérer les décisions rapportées au *Corpus juris* comme des décisions d'espèces et les restreindre scrupuleusement aux hypothèses qu'elles prévoient.

Il y a, sans doute, un effet de la bonne foi dont l'existence est attestée par tous les textes et que nous voyons se reproduire dans toutes les hypothèses : c'est l'affranchissement de toute pénalité en faveur de l'époux de bonne foi. Mais cette observation n'est ici d'aucune valeur, puisque nous avons admis que la formalité du consentement paternel est dépourvue de toute sanction pénale.

Au contraire, le second effet de la bonne foi, celui qui se rattache à l'état des enfants et qui consacre leur légitimité, ne paraît pas avoir été indistinctement appliqué à toutes les violations de la loi. Marcien rapporte un rescrit des empereurs Marcus

(1) On le voit, nous supposons une erreur *de droit*, car l'erreur *de fait* nous paraît, dans l'espèce, à peu près impossible. On ne peut guère admettre, en effet, qu'un fils de famille puisse se croire en possession de l'autorisation paternelle, alors qu'il ne l'a pas obtenue. Quoi qu'il en soit, si cette hypothèse se présentait, il faudrait la régler de la même façon.

et Lucius, qui rend cette supposition plus que vraisemblable. Voici l'espèce qui en fait l'objet. Une nièce avait épousé son oncle, ignorant qu'une telle union fut défendue. Le mariage durait depuis quarante ans; il en était né de nombreux enfants. *Idcirco,* disait le rescrit, cum hæc omnia in unum concurrunt, *confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quæsitorum... perinde atque si legitime concepti fuissent* (1). Il semble bien résulter de ce texte, que la décision qu'il renferme n'est pas l'application d'une théorie générale, mais une décision d'espèce, due à la faveur des circonstances. Ce qui confirme cette opinion, c'est que d'autres textes sont moins indulgents pour l'erreur des époux. Ainsi la loi 3, *soluto matrimonio,* refuse expressément le bénéfice de la légitimité aux enfants dont la mère s'est unie à un esclave, croyant épouser un homme libre. Il s'ensuit qu'il n'y avait pas, sur ce point, de règles fixes et invariables; chaque espèce avait la sienne, et la solution variait suivant les circonstances.

A défaut d'une théorie d'ensemble, d'une règle générale nettement formulée, nous ne saurions étendre ces dispositions de faveur au cas où la nullité du mariage provient de l'absence du consentement paternel. Bien plus, cette théorie générale eût-elle existé, il faudrait encore hésiter à en faire l'application au cas spécial qui nous occupe. Nous avons vu, en effet, que la puissance paternelle était douée d'une énergie particulière, qui ne souffrait, à

(1) L. 57. § 1. D, *de ritu nuptiarum.*

l'origine, ni restrictions, ni limites. Le législateur s'est toujours montré trop ouvertement jaloux d'en maintenir les prérogatives, pour les avoir livrées, en cette circonstance, à la merci d'une erreur.

CHAPITRE VII

Exceptions à la nécessité du consentement paternel

Il n'est guère de règle si absolue qu'elle ne puisse fléchir devant certaines nécessités pratiques. Il en est ainsi de celle qui prescrit à l'enfant d'obtenir, pour se marier, le consentement paternel. On trouve à cette règle une double catégorie d'exceptions. Deux hypothèses sont, en effet, prévues : l'une par la loi, l'autre par les jurisconsultes. La première est celle où le père *refuse* de donner son consentement ; la seconde, celle où il se trouve dans *l'impossibilité* de le donner.

Pour la clarté de l'exposition, nous diviserons donc ce sujet en deux paragraphes correspondant à cette double situation.

§ I

Le père refuse de consentir au mariage

La puissance paternelle était trop absolue, trop sévèrement organisée dans le vieux droit romain, pour que la loi eût songé à poser des limites à l'un de ses attributs les plus précieux, le droit de con-

sentir au mariage. Jusqu'au règne d'Auguste, la loi n'intervint pas pour réprimer le refus du père de famille, même arbitraire ou injuste. Il dépendait donc du père d'imposer à ses enfants un célibat perpétuel; car, si les censeurs pouvaient punir cet abus, il n'était pas en leur pouvoir de l'empêcher. Mais plus tard, lorsque s'adoucit la rigueur des principes, lorsque les idées philosophiques pénétrant dans la législation eurent peu à peu transformé la *patria potestas*, le père de famille dut motiver l'empêchement qu'il mettait au mariage de son fils. Le bon sens dit, en effet, que si l'on doit exiger le consentement du père, c'est pour qu'il puisse empêcher son fils de se mésallier et non point de se marier (1).

Il faut, d'ailleurs, convenir, abstraction faite de toute considération morale ou philosophique, que l'ancienne prérogative du père eût été intolérable le jour où des lois spéciales *(leges caducariæ)* attachèrent certaines déchéances au célibat et certains avantages à la paternité légitime. Il ne fallait pas que l'obstination mal fondée du père fit peser sur l'enfant ces déchéances ou le privât de ces avantages (2). Aussi la loi *Julia* introduisit-elle une théorie nouvelle. A partir de cette époque, le consentement du père put être suppléé par l'autorisation du magistrat, ou, pour être plus exact, le préteur put forcer le père de famille à consentir. Mais, dira-t-on, tout ceci se passe en réalité contre le gré du père. Doneau répond : Si celui qui possède *auctore prætore* peut se considérer comme un juste

(1) Pothier, Pandectes, *de ritu nuptiarum.*

(2) Accarias, T. I, nº 84.

possesseur (1), pourquoi celui qui se marie dans les mêmes conditions ne serait-il pas un époux légitime? Remarquons, du reste, que l'obstination du père n'était guère à craindre, car il était souvent le premier atteint par les conséquences de son refus. Les lois caducaires ayant enlevé aux célibataires le droit de succéder, le père avait un intérêt sérieux au mariage de son fils : on sait, en effet, que le fils de famille n'avait point à Rome de personnalité, et que par suite les biens par lui recueillis tombaient dans le patrimoine du père.

Il est bon de noter ici une différence essentielle entre le droit romain et le droit français. Chez nous, le consentement paternel, quand il est requis, ne peut être suppléé sous aucun prétexte. A Rome, nous venons de le voir, il pouvait en être autrement. Cela tient à ce qu'à Rome, la nécessité de ce consentement n'était point temporaire, mais subsistait aussi longtemps que la puissance paternelle. Ainsi en est-il d'un grand nombre d'institutions : l'excès même de leur force, qui semblait être une garantie de leur stabilité, devient la cause première de leur décadence.

Le législateur romain ne s'arrêta pas dans la voie qu'il avait ouverte, et la loi *Julia* se trouva singulièrement dépassée par une constitution des empereurs Sévère et Antonin. Ceux-ci ne se contentèrent pas d'empêcher le père d'opposer un refus injuste au mariage de ses enfants; ils accordèrent aux enfants une action en constitution de dot. Ce n'est donc plus seulement un abus de puissance que

(1) L. 11. D. XLI, 2.

l'on défend au père, c'est une véritable obligation qu'on lui impose. Cette obligation dotale s'expliquait comme un correctif de la *patria potestas* et de l'impossibilité où était le fils de famille d'acquérir pour son compte. Peut-être cependant les Romains allèrent-ils trop loin et affaiblirent-ils, en cette circonstance, l'autorité paternelle, en l'exposant à un procès irrespectueux de la part de l'enfant qui réclamait sa dot. Combien est préférable notre législation actuelle, qui abandonne à la sollicitude paternelle le soin de veiller à l'avenir de son enfant, et à l'opinion publique celui de traiter le père égoïste avec le mépris qu'il mérite.

Justinien confirma pleinement le droit antérieur (1). Il accentua même les réformes de ses prédécesseurs par quelques restrictions nouvelles apportées au pouvoir du père sous l'influence des croyances religieuses. C'est ainsi qu'il força le père de famille hérétique à donner à son enfant orthodoxe un époux orthodoxe, et à lui constituer une dot ou une donation anténuptiale (2).

§ II

Le père est dans l'impossibilité de consentir au mariage

Le père peut se trouver dans l'impossibilité de consentir au mariage, soit parce qu'il est fou, soit

(1) L. 7, C. *de dotis promissione.*

(2) L. L. 13 et 19, C. *de hæret, et manich.*

parce qu'il est retenu en captivité, soit enfin parce qu'il est absent.

Examinons séparément ces trois hypothèses.

A. — Folie du père.— La folie du père n'était pas un mode d'extinction de la puissance paternelle. Ulpien nous le dit expressément : **Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt.** Et plus loin : *Non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem comcepti in furore editi sunt* (1). Il s'ensuit que, selon la rigueur du droit, le consentement du père demeure indispensable malgré sa folie. « Et que » l'on ne prétende pas, nous dit Théophile, qu'il y » a consentement du père pourvu qu'il se déclare » satisfait du mariage de ses enfants ; car on ne » saurait dire avec vérité qu'un homme en démence » peut consentir. Que l'on ne prétende pas davan- » tage qu'il y a consentement parce que le père, » instruit du projet de ses enfants, ne s'y est point » opposé. Ce serait une autre erreur ; car le silence » du fou ne vaut pas consentement. Celui-là seul » consent par son silence, qui, connaissant toute la » portée d'un acte quelconque, peut y former » obstacle s'il n'en est point satisfait. Mais si le fou » garde le silence, c'est parce qu'il est en proie à sa » folie et non parce qu'il voit le mariage avec » plaisir (2). » Ces solutions paraissent bien rigoureuses pour l'enfant. La triste infirmité dont son père se trouve affligé va-t-elle donc le condamner

(1) L. 8, D. De *his qui sui vel alieni juris sunt.*

(2) Th. *de nuptiis* (1, 10). Trad. Fregier.

à un perpétuel célibat ? Nous allons voir que les jurisconsultes s'efforcèrent d'atténuer la rigueur de cette situation.

Pour bien saisir l'esprit et l'enchaînement de leurs innovations, il importe de remarquer d'abord que, suivant les principes du droit romain, le mariage de la fille doit être plus facilement autorisé que celui du fils : elle ne risque pas, en effet, de donner à son père des héritiers siens contre sa volonté. D'un autre côté, il faut savoir que l'on distinguait, à Rome, deux états dans la folie : l'état du *furiosus*, c'est-à-dire la folie intermittente, n'excluant pas les intervalles lucides ; et l'état du *mentecaptus*, c'est-à-dire l'imbécillité permanente et complète, l'obscurité intellectuelle sans la moindre éclaircie (1). Le *mentecaptus* est donc moins encore que le *furiosus*, capable de donner un consentement, car ce dernier jouit parfois d'une lueur de raison qu'il est possible de mettre à profit.

C'est l'application de ces principes qui a été faite par les jurisconsultes romains.

De très bonne heure, il fut admis par la presque unanimité de ces jurisconsultes (*omnes pene*, dit Justinien), que la fille du fou pouvait se marier librement, sans distinction entre la fille du *furiosus* et celle du *mentecaptus*.

Quant aux fils de famille, il fallait qu'une autorisation impériale vînt suppléer, dans chaque espèce, au consentement du père. Cette nécessité se prolongea jusqu'au jour où Marc-Aurèle supprima pour le *mentecaptus* la formalité du consentement

(1) Instit. §§ 3 et 4, I, 23.

paternel. Malheureusement les jurisconsultes ne parvinrent pas à s'entendre sur la portée de cette innovation. Tandis que les uns, attribuant au mot *mentecaptus* un sens général, estimaient que la décision de Marc-Aurèle s'appliquait même aux enfants du *furiosus*, les autres la restreignaient aux enfants du *mentecaptus*. Il faut convenir que cette dernière interprétation était à la fois la plus sûre et la plus logique : la plus sûre, parce qu'elle donnait au mot *mentecaptus* sa véritable signification ; la plus logique, parce que les enfants du *furiosus* pouvaient épier les moments de lucidité de leur père et profiter d'un de ces retours passagers de sa raison pour lui demander son consentement.

Parmi les partisans de cette interprétation littérale du texte, quelques-uns avaient cru devoir faire certaines concessions au système contraire. Dans le cas où l'aïeul était *furiosus*, le petit-fils pouvait, nous dit Ulpien, se marier avec le simple consentement de son père ; et à l'inverse, quand le père était *furiosus*, on pouvait se passer de son consentement, pourvu qu'on obtînt celui de l'aïeul.

Cette controverse, grosse de distinctions et de subtilités, n'avait point encore disparu à l'époque de Théophile (1). Cet auteur nous apprend, en effet, que Justinien la trancha définitivement en faveur de la liberté des enfants. Nous trouvons la constitution de Justinien au Code, dans la loi 28, *De episcopali audientia*, etc... La loi 25, *De nuptiis*, la rapporte également. Les enfants du fou — *tam dementis quam furiosi* — pourront désormais se marier sans le

(1) Paraph. I, 10.

consentement de leur père. Il leur suffira de soumettre leur choix, ainsi que le règlement de la dot, à l'approbation du préfet de la ville à Constantinople, du président ou des évêques dans les provinces ; le tout en présence de l'insensé lui-même, de son curateur et de ses parents les plus notables.

B. — Captivité du père. — Le père captif ne pouvait évidemment consentir au mariage de son fils. Dès lors, il semblerait que l'union contractée durant sa captivité dût toujours être frappée de nullité. Il est cependant une hypothèse où la validité d'une pareille union n'est pas contestable : c'est celle où le père venait à mourir chez l'ennemi. Dans ce cas, en effet, en vertu d'une fiction juridique introduite par la loi *Cornelia de falsis*, le captif était censé avoir perdu la vie en même temps que la liberté. Son fils était donc réputé *sui juris* à compter de la même époque et par conséquent il avait pu contracter un mariage valable.

Quand, au contraire, le père avait brisé ses chaînes et regagné sa patrie, une autre fiction, le *postliminium*, le faisait rétroactivement rentrer dans la plénitude de ses droits. Le mariage contracté pendant sa captivité par un de ses enfants constituait donc une atteinte aux droits de la puissance paternelle et se trouvait ainsi entaché d'une cause de nullité.

Toutefois, dans cette hypothèse comme au cas de folie, les jurisconsultes songèrent de bonne heure à faire fléchir la rigueur des principes. Il est probable qu'ici encore on admit sans difficulté la validité du

mariage des filles. Pour les fils, au contraire, la règle *nemini invito heres suus adgnascitur* dut provoquer quelque hésitation. Cependant l'opinion favorable au mariage finit par l'emporter. Tryphoninus (1) invoque deux arguments à l'appui de cette innovation. D'une part, si le père n'a point donné son consentement, il ne l'a pas non plus refusé; d'autre part, l'intérêt public s'oppose à la multiplication des célibataires.

Dans le droit de Justinien, l'enfant ne se marie librement qu'après l'expiration d'un délai de trois ans, à compter du jour où son père a été fait prisonnier (2). Toutefois, le mariage contracté avant le terme de trois ans est néanmoins valable, dans le cas où la condition du conjoint est telle que le consentement du père n'eût fait aucun doute (3).

Les deux lois qui mentionnent cette double disposition sont placées au Digeste sous les noms d'Ulpien et de Julien. Aussi a-t-on prétendu que tel était déjà le droit de l'époque classique. Mais on s'accorde généralement aujourd'hui à reconnaître que l'exigence du délai de trois ans est le résultat d'une interpolation due à Tribonien. Le silence gardé sur ce point par Tryphoninus dans le texte que nous avons cité plus haut, rend cette supposition assez vraisemblable.

C. — Absence du père. — Il s'agit moins ici d'une absence proprement dite que d'une véritable

(1) L. 12 § 3. D, XLIX. 15.

(2) L. 9, § 1. D, *de ritu nuptiarum.*

(3) L. 11. D, *eod. tit.*

disparition. On dit que le père est absent, quand il a disparu sans donner de ses nouvelles, de telle sorte qu'on ne puisse établir avec certitude ni son existence ni sa mort.

Ici, comme dans le cas précédent, l'ancien droit dut admettre la validité du mariage. Mais Justinien la subordonna à l'expiration du même délai de trois ans.

Ainsi le décidait déjà la loi 10, *De ritu nuptiarum,* placée au Digeste sous le nom de Paul, c'est-à-dire d'un jurisconsulte de l'époque classique. Mais on reconnaît ici encore une interpolation de Tribonien. Comme le fait justement remarquer M. Accarias, l'interpolation s'accuse ici clairement par de graves incorrections de langage, qui n'eussent pas échappé à Paul, l'un des jurisconsultes qui parlent la langue la plus pure.

APPENDICE

Dans tous les développements donnés au cours de cette étude, il n'a été question que d'une seule espèce de mariage ; nous n'avons même pas laissé soupçonner qu'il pût y en avoir plusieurs. Le moment est venu de dire quelques mots des différentes unions reconnues par la législation romaine et de nous demander si la nécessité du consentement du *paterfamilias* s'applique indistinctement à chacune d'elles.

Avec les auteurs nous distinguerons quatre sortes d'unions :

Les *justes noces*,
Le *concubinat*,
Le *mariage du droit des gens*,
Le *contubernium*.

1° Justes noces.

Les justes noces *(justæ nuptiæ)* étaient le mariage romain par excellence, celui pour lequel le législateur avait réservé toutes les gloires et toutes les prérogatives. C'était le seul qui fût tenu en honneur par les jurisconsultes, le seul qui produisît la puissance paternelle et conférât au mari le titre de *vir*, à la femme celui d'*uxor*, le seul enfin qui élevât la

femme à la position, à la dignité du mari, qui la fit participer à son culte privé.

On peut résumer en trois mots les caractères distinctifs des justes noces : égalité des époux, participation de la femme aux dignités et honneurs du mari, communauté d'existence se traduisant pour la femme par l'obligation d'habiter le domicile marital.

C'est naturellement à cette première union qu'il faut rapporter tout ce que nous avons dit jusqu'ici sur le consentement du père de famille.

2° Concubinat.

Le concubinat romain n'a rien de commun avec l'union illicite appelée chez nous concubinage. Nous nous plaçons, bien entendu, à l'époque où cette institution avait reçu sa réglementation légale ; car il est certain qu'à l'origine, la concubine n'était qu'une maîtresse vivant maritalement avec un amant (1).

C'est probablement sous Auguste que le concubinat reçut une organisation régulière. Il nous apparaît alors comme une union d'un rang inférieur, entre un homme et une femme qui ne peuvent pas ou ne veulent pas contracter de justes noces. Il est, d'ailleurs, parfaitement licite, Marcien (2) nous le dit expressément : *Concubinatus per leges* (3) *nomen assumpsit, extra pœnam legis est :* le concubinat a reçu son nom de la loi et ne tombe sous aucune

(1) Cicéron. *De Oratore*, I, 40.

(2) L. 3 § 1 D. *de concubinus.*

(3) Ces *leges* sont les *lois caducaires.*

déchéance légale. Bien plus, il y a telle hypothèse où le concubinat paraît aux jurisconsultes romains plus décent que les justes noces, et où il est conseillé de préférence à celles-ci. Ulpien, notamment, dit qu'il est plus honorable pour un patron qui veut s'unir à son affranchie, de la prendre pour concubine, que de l'élever au rang d'une véritable épouse: *Quippe honestius sit patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere* (1).

La théorie du concubinat union légale est admise aujourd'hui d'une façon presque unanime. Les attaques dirigées contre elle en ces derniers temps ne l'ont point ébranlée. M. Gide a essayé d'établir que le concubinat n'était qu'une simple cohabitation de fait, dépourvue de tout caractère légal (2); mais sa voix a trouvé peu d'échos, et l'on est généralement d'accord pour considérer le concubinat comme un véritable mariage.

Toutefois, ce mariage présente une notable infériorité par rapport au *justæ nuptiæ*. Ainsi, il ne confère pas à la femme les honneurs, la dignité du mari, et d'une manière plus générale, il n'établit pas entre les époux cette égalité qui est de l'essence des justes noces ; c'est pourquoi certains textes l'appellent *inæquale conjugium*. Ainsi encore, il ne donne pas à la concubine le nom respecté de *materfamilias*, apparemment parce que la plupart des concubines ne jouissaient ni d'un rang social très élevé, ni d'un passé complètement sans tache. Enfin

(1) L. 1 pr. D. de *Concubinis*.

(2) V. *Nouvelle revue historique du droit*. 1880, pp. 377 et suiv., 409 et suiv.

certains effets produits entre époux par les justes noces ne sont pas attachés au concubinat. Les deux effets les plus importants sont assurément le devoir de fidélité conjugale et la puissance paternelle. Du premier nous n'avons pas à nous occuper ; disons seulement que la sanction rigoureuse qu'entraîne l'adultère de la femme, n'atteint pas la concubine. Quant à la puissance paternelle, il est très important de noter ici qu'elle n'a pas lieu sur les enfants nés du concubinat.

Les enfants issus du concubinat ne sont pas, comme les enfants nés de justes noces, des *liberi justi*, mais des *liberi naturales*. Toutefois, il faut également se garder de les confondre avec ces enfants du hasard, fruits d'une union passagère, que les Romains, dans un langage d'une énergique crudité, qualifient de *vulgo concepti* ou *vulgo quæsiti*. A la différence de ces derniers, les *liberi naturales* ont une filiation certaine, légalement prouvée, aussi bien à l'égard du père qu'à l'égard de la mère (1). Cette filiation naturelle produit certains effets attachés à la filiation légitime, notamment un lien de parenté, qui engendre à la fois l'obligation alimentaire et certains empêchements de mariage. Mais il est un effet, et des plus importants, qu'elle ne produit pas : c'est la puissance paternelle.

Il ne faut donc pas s'étonner si, dans l'énumération que donnent les auteurs des conditions requises pour le concubinat, jamais il n'est fait allusion à la nécessité du consentement du *pater-*

(1) Accarias, n° 101. — Contra : Gide, *De la Condit. de l'enf. naturel.*

familias. La raison en est évidente : c'est que le concubinat ne faisant pas tomber les enfants à naître sous la puissance du chef de famille, celui-ci n'est pas intéressé à défendre à son fils une pareille union. Si l'on exige pour les *justæ nuptiæ* le consentement du *paterfamilias*, c'est qu'il ne saurait être contraint, disent les textes, d'accepter pour héritier un descendant dont il n'aurait pas approuvé la filiation.

Les enfants nés du concubinat n'étant pas soumis à la puissance paternelle, on ne pourrait exiger, en cette matière, le consentement du père de famille, qu'en le fondant sur la déférence filiale. Or, ce serait en méconnaître le caractère. Nous avons vu, en effet, que la nécessité de ce consentement découle uniquement de la *patria potestas*. Nous avons combattu l'opinion d'après laquelle l'obligation du fils de famille reposerait sur un devoir de piété naturelle, et nous avons dit que quand Justinien lui donne pour base la *ratio naturalis*, il exprime *ce qui devrait être* plutôt que *ce qui est*.

Tel est en substance le concubinat, union légitime, honorable même, à laquelle les Romains avaient souvent recours, parce qu'elle constituait un lien plus fragile que les *justæ nuptiæ* (1) et flattait ainsi le penchant si humain de l'inconstance; peut-être aussi parce qu'elle offrait un moyen plus sûr de se marier avec indépendance. Ce second motif, que l'on ne fait généralement pas assez ressortir, pourrait sans

(1) Le concubinat, qui se formait par la simple volonté des deux parties, se dissolvait par la simple volonté de l'une d'elles. Au contraire, la répudiation d'une véritable épouse se heurtait à certains obstacles de forme, qui la rendaient moins facile.

doute expliquer la tolérance que le christianisme naissant montra pour le concubinat. Il est remarquable, en effet, que l'Eglise ne l'a pas, dès l'origine, formellement condamné. Au Ve siècle encore, il est franchement toléré par le pouvoir ecclésiastique. Le canon 15me du premier concile de Tolède, tenu en l'an 400 de l'ère chrétienne, est suffisamment net : « Si quelqu'un, avec une épouse fidèle, a une concu- » bine, il est excommunié ; mais si la concubine lui » tient lieu d'épouse, en sorte qu'il se contente de la » compagnie d'une seule femme, à titre d'épouse ou » de concubine, à son choix, il ne sera point rejeté » de la communion. » Loin de contrarier les vues de l'Eglise, le concubinat les favorisait partiellement. Nous verrons, en effet, que la doctrine ecclésiastique est formellement opposée à la nécessité du consentement paternel pour la validité du mariage.

On ne saurait, d'ailleurs, reprocher à l'Eglise cette tolérance dont elle fit preuve à l'égard d'une institution, qui, sans être recommandable, était si peu répréhensible et si profondément enracinée dans les mœurs. Le concubinat n'était, rappelons-le, qu'une variété du mariage, un mariage d'un degré inférieur sans doute, mais absolument compatible avec le respect de la morale et la dignité des époux. On lit dans les novelles cette phrase caractéristique sur les concubins : *non sunt luxuriantes sed pudici, caste viventes (1)*. Toutefois, cette institution contrariait par quelque côté les doctrines de l'Eglise, car elle blessait profondément l'égalité si désirable

(1) V. nov. 18. cap. 5 ; *Adde* nov. 89. cap. 12 § 5.

entre les époux et mettait par conséquent obstacle à la réhabilitation de la femme, telle que l'avait conçue le christianisme. Pour ce motif, et à cause des facilités plus grandes que le concubinat laissait au divorce, l'Eglise ne tarda pas à le combattre. Les empereurs chrétiens favorisèrent ce mouvement (1), et Léon le Philosophe, dans la novelle 91, supprima définitivement le concubinat pour l'Empire d'Orient. Il flétrit même cette institution dans des termes qu'elle ne méritait pas : « *Qua ratione*, écrit-il à Stylianus, *cum puras aquas haurire liceat, lutum tu mavis?* » En Occident, le concubinat résista plus longtemps; on en trouve des traces jusqu'au XIII[e] siècle (2).

3° Mariage du droit des gens.

Les justes noces sont exclusivement réservées aux citoyens romains. Toutefois, les étrangers qui habitent le territoire de l'Empire ne sont pas réduits à l'impossibilité de se marier légitimement. Ce n'est pas, en effet, l'une des moindres gloires de l'ancienne Rome, que d'avoir toujours placé, à côté du droit de la cité, un droit plus large, ouvert à tous, que l'on appelle le droit des gens. Le citoyen romain trouve à sa disposition les justes noces ou le concubinat, suivant qu'il veut contracter une union parfaite ou se contenter d'un mariage inférieur. Le pérégrin, c'est-à-dire l'étranger, qui n'a d'autre désavantage

(1) L. L. 5, 6, 10, 11. C. *de naturalibus liberis.*

(2) Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge,* T. I.

que celui d'être privé du droit de cité, doit pouvoir également se marier dans des conditions honorables. Ce moyen lui est fourni par l'union que les textes désignent sous les noms de *matrimonium sine connubio, matrimonium non legitimum* (1), et que les commentateurs ont appelé mariage du droit des gens, *matrimonium juris gentium*.

Cette union suppose, en principe, que l'un des époux au moins ne jouit pas de la qualité de citoyen. Cependant rien n'empêche les Romains eux-mêmes de recourir à ce genre de mariage. Ils y trouvent leur utilité lorsque, par exemple, ils n'ont pas le *connubium* (2) avec la femme qu'ils désirent épouser, et que cependant, soit pour satisfaire aux instances de celle-ci, soit par affection véritable, ils ne veulent pas de cette inégalité blessante que produit le concubinat. Ce mariage, en effet, communique à la femme la condition du mari, et il rend punissable l'adultère de la femme ; cela suffit à prouver qu'imposant plus de devoirs que le concubinat, il est aussi plus digne et plus honoré (3).

Pas plus que le concubinat, le mariage du droit des gens ne produit la puissance paternelle. C'est là une des différences les plus sensibles entre ce mariage et les *justæ nuptiæ*. Les enfants issus de cette union rentrent dans la classe des *liberi non justi*. Ils nais-

(1) *Collatio legum mosaïcarum*, tit. 5. cap. 5 ; L. 37. § 2. D. *Ad municipalem...*,

(2) On entend par *connubium* la capacité *relative* de s'épouser. On dit, par exemple, qu'un patricien n'a pas le *connubium* avec un plébéien, pour exprimer qu'ils ne peuvent pas s'épouser.

(3) V. Accarias, n° 100.

sent *sui juris*, et par conséquent ils échappent à la puissance de leur père et du *paterfamilias* de celui-ci. Il s'ensuit que le chef de famille n'a pas intérêt à se préoccuper du mariage de son fils, puisqu'il n'aura pas pour héritiers les descendants de ce dernier. On voit que le mariage du droit des gens favorise considérablement la liberté des unions légitimes, le consentement des ascendants n'étant jamais requis pour sa validité.

4° Contubernium.

Le *contubernium* occupe le dernier degré de l'échelle matrimoniale. C'est l'union de deux esclaves ou d'une personne libre et d'un esclave.

Comme la formation ou le maintien de cette union ne dépend pas de la seule volonté des conjoints, puisque l'un d'eux au moins se trouve sous la dépendance d'un maître, le *contubernium* ne dut guère recevoir d'application pratique qu'entre esclaves appartenant au même propriétaire.

Cette union ne produit qu'un seul effet civil : elle engendre une filiation légalement prouvée, aussi bien à l'égard du père qu'à l'égard de la mère, et produit, en conséquence, une certaine parenté, *affinitas servilis*, suffisante pour constituer un empêchement de mariage.

Il est à peine besoin de faire remarquer qu'un pareil mariage, si tant est qu'on puisse ainsi l'appeler, échappe à tout contrôle du *paterfamilias*.

— Toute union qui ne rentre pas dans l'un des quatre types précédents (*justæ nuptiæ*, *concubinatus*,

matrimonium non legitimum, contubernium), doit être considérée comme un *stuprum*, simple rapprochement fortuit, dépourvu de tout effet légal, même de l'*affinitas servilis* que produit le mariage des esclaves. Les enfants issus d'un *stuprum* n'ont pas de père certain ; aussi les appelle-t-on *vulgo concepti*. Quant à la filiation maternelle, elle résulte du fait matériel et indéniable de l'accouchement ; on ne saurait donc admettre en aucun cas l'incertitude légale de la maternité.

Nous n'avons mentionné ce rapprochement que pour mémoire, car il va de soi qu'il est complètement étranger à la théorie du consentement paternel.

ANCIEN DROIT

AVANT-PROPOS

Législation et juridiction en matière de mariage

Le mariage n'était à Rome qu'une institution civile ; l'avènement du christianisme en a fait une matière de conscience. Il intéresse donc aujourd'hui deux puissances absolument distinctes : la religion et l'Etat.

Laquelle de ces deux puissances a réglé la matière ? Est-ce la loi canonique ? Est-ce la loi civile ? Est-ce concurremment cette double législation et dans quelle mesure ? Telle est la question complexe qui se pose naturellement au seuil d'une étude sur un point de droit relatif au mariage.

Au pouvoir législatif qui fait la loi, se rattache le pouvoir judiciaire qui en surveille l'exécution et en

punit la violation. De quel tribunal ressortissait l'examen des causes matrimoniales ? Autre problème non moins important que le premier, et que nous devons également résoudre.

Chacun sait que l'on distinguait dans notre ancienne législation les *pays de droit coutumier* et les *pays de droit écrit*. Le mariage échappait à cette classification fondamentale et se trouvait régi, au Nord comme au Midi, par les mêmes règles de droit. Cette unité de règles, en ce qui concerne le mariage, n'a rien d'étonnant : le droit matrimonial, en effet, ne dérivait ni des coutumes, ni du droit romain ; il avait sa principale source dans le droit canonique.

Tiré en partie du droit romain, composé surtout des décrétales des papes et des canons des conciles, le droit canonique exerça durant le moyen-âge une immense influence, qu'il dut principalement à deux causes : à son caractère d'ubiquité et à l'énergie que les papes déployèrent pour faire prévaloir ses principes civilisateurs.

Cette influence de l'Eglise se manifesta dès sa fondation. Dès l'époque romaine, on la voit s'insinuer dans la législation et dans la juridiction du mariage. Son pouvoir, à l'origine tout officieux, ne resta pas longtemps renfermé dans le domaine des consciences ; il reçut de Constantin sa consécration officielle. Toutefois, si la législation canonique pénétrait dans celle des empereurs, elle n'allait pas jusqu'à la détruire, « de sorte que deux législations parallèles fonctionnaient alors au sein de l'Empire romain, qui présenta, sous le rapport de la légis-

lation du mariage, un aspect comparable à celui qu'offrent en ce moment la plupart des Etats (1) . »

L'usage ne tarda pas à s'introduire parmi les chrétiens, de faire bénir leur union par l'Eglise : ce fut pour elle une occasion d'intervenir dans la célébration des mariages. Sous Justinien, cette pratique était encore purement facultative; mais Léon le Philosophe fit de la bénédiction nuptiale une condition essentielle de la validité du mariage (2). Le droit romain se montrait ainsi plus exigeant que nos lois modernes, en même temps qu'il accordait à l'Eglise une autorité que nous ne lui connaissons plus aujourd'hui. Il est vrai de dire que l'intervention de l'Eglise n'était point alors une intervention rivale, puisque le pouvoir civil n'intervenait pas dans la célébration des mariages.

L'invasion barbare fut impuissante à déraciner l'influence de l'Eglise. On vit même bientôt les envahisseurs se convertir en grand nombre au christianisme et décerner aux lois ecclésiastiques une place honorable à côté de leur propre législation. Nous retrouvons ainsi à l'époque gallo-romaine le parallélisme que nous avons signalé à l'époque romaine, et aussi la même place faite à la prépondérance toujours croissante de l'Eglise.

Depuis les origines de la monarchie franque jusqu'au XVI[e] siècle, et principalement sous les deux premières dynasties, on peut dire que l'Eglise exerça un pouvoir à peu près exclusif sur la

(1) Viollet, *Précis de l'Histoire du Droit*, p. 334.

(2) Nov. de Léon, 89.

législation du mariage. Son influence est telle, à cette époque, que ses prescriptions sont peu à peu sanctionnées par le pouvoir civil ; les deux législations parallèles se rapprochent, se réunissent, se fondent, et au IXe siècle, la prépondérance de l'Eglise est définitivement établie.

La même évolution s'était produite, plus rapide encore, pour le pouvoir de juridiction. De bonne heure, les chrétiens s'accoutumèrent à porter leurs différends devant l'évêque, et cette pratique se généralisant donna naissance à des tribunaux régulièrement constitués : les *officialités*. Dès le VIe siècle, cette institution était un fait accompli : l'Eglise a donc jugé avant de légiférer, en matière de mariage.

Il régnait depuis dix siècles un parfait accord entre l'Eglise et l'Etat, quand l'avènement du protestantisme amena une révolution dans la matière. L'Eglise jouissait alors de trois prérogatives : elle exerçait le pouvoir législatif et conséquemment le droit d'établir des empêchements de mariage ; elle possédait le pouvoir de juridiction et par suite le droit de statuer sur les nullités de mariage ; enfin elle intervenait dans la célébration des mariages et revendiquait naturellement le droit d'en déterminer les formes.

Au XVIe siècle, se posa l'importante question du mariage des *réformés*. A cette occasion, des luttes très vives éclatèrent entre le pouvoir civil et le pouvoir ecclésiatique. Les juristes ne manquèrent pas d'intervenir, en vue de fortifier l'autorité royale, battant en brèche à la fois les libertés de l'Eglise et

les franchises des communes qui venaient de se constituer.

Les doctrines de l'Eglise furent d'abord attaquées au point de vue purement ecclésiastique. Rompant brusquement avec la tradition catholique, Luther déclara que le mariage n'était pas un sacrement, et ce moine raya les vœux monastiques de la liste des empêchements de mariage. Mais, chose curieuse, il est un point sur lequel les fondateurs de la religion nouvelle montrèrent plus de sévérité que l'Eglise catholique elle-même : nous voulons faire allusion au mariage des enfants mineurs. Luther, Mélanchton et Calvin le proclamèrent nul, lorsqu'il avait été contracté sans l'assentiment des parents.

La doctrine de Luther était trop ouvertement contraire au dogme pour avoir chance de rallier nos anciens jurisconsultes, aussi respectueux des décisions de l'Eglise que défenseurs convaincus des droits du pouvoir civil. Ce qu'ils voulaient, c'était une transaction et non point une rupture. M. Duguit fait très bien ressortir la marque originale de ce long conflit qui va s'élever entre les deux puissances. « Tout en exposant, nous dit-il, les revendications » du pouvoir qu'ils représentent, canonistes ultra- » montains et juristes gallicans sont avant tout » désireux d'aboutir à une transaction, qui respecte » à la fois, au moins en la forme, les prétentions de » l'Eglise et les droits de l'Etat. On n'oublie pas au » delà des Alpes, que la France est toujours la fille » aînée de l'Eglise, qu'au milieu de la tempête du » XVIe siècle, elle est restée fidèle à Rome et qu'il » serait singulièrement impolitique pour le saint-

» siège de s'aliéner son gouvernement. En France,
» tout en revendiquant énergiquement les droits du
» pouvoir temporel, tout en affirmant solennelle-
» ment son indépendance, nos rois et nos légistes se
» montrent toujours respectueux des décisions de
» l'Eglise ; et c'est une étude singulièrement inté-
» ressante que de suivre les efforts de nos anciens
» gallicans, pour concilier leurs croyances reli-
» gieuses et leur respect de l'Eglise, avec leur foi
» politique et leur dévouement au roi. Ces idées,
» inspirées par des mobiles différents, mais tendant
» au même but, amènent la formation et l'applica-
» tion pratique de quelques théories sur le mariage,
» à la fois juridiques et théologiques, qui ne sont
» que des transactions ingénieuses pour concilier
» les prétentions respectives de l'Eglise et de
» l'Etat (1). »

C'est alors qu'apparut la distinction fameuse du mariage sacrement et du mariage contrat. Formulée pour la première fois par un théologien espagnol, Melchior Cano, cette théorie fut reprise et développée par presque tous nos jurisconsultes, qui y virent le moyen d'amortir le choc entre les deux pouvoirs, sans affaiblir l'Etat et sans rompre avec le dogme. Dans tout mariage, dit-on, il y a deux choses à considérer : d'une part, le contrat civil, c'est-à-dire l'échange des volontés, le consentement réciproque des parties ; d'autre part, le sacrement de l'Eglise, qui se superpose au contrat, sans se confondre avec lui. Le contrat rentre tout entier dans le domaine

(1) Duguit, *Etude historique sur le rapt de séduction*, *Nouv. revue histor. du droit*, 1886, p. 588.

du pouvoir civil; le sacrement, tout entier dans le domaine ecclésiastique. On sait, d'ailleurs, qu'il y a dans tout sacrement une matière et une forme. Or, quelle est ici la matière du sacrement? C'est, dit-on, le contrat; il s'ensuit que le pouvoir civil étant appelé à réglementer le contrat, devient, par le fait, le maître du sacrement (1).

Si l'ancien droit eût été logique, il eût tiré de ce principe toute la théorie moderne du mariage civil. Il se contenta d'en déduire au profit de l'Etat le droit de poser des empêchements distincts de ceux de l'Eglise. Le pouvoir civil n'usa même de cette prérogative qu'avec la plus grande modération, et la lutte se concentra sur deux hypothèses principales. Le mariage de François de Montmorency avec Jeanne de Piennes sans le consentement de son père, celui de Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine sans le consentement du roi, furent, à un siècle environ d'intervalle, le point de départ d'un double empêchement non reconnu par la discipline ecclésiastique.

Dans une ordonnance de 1556, Henri II frappait des peines les plus sévères, les enfants mineurs assez hardis pour contracter mariage sans le consentement de leurs parents. Cet édit ne fit, d'ailleurs, qu'inaugurer une série de dispositions nouvelles, de plus en plus rigoureuses, tendant à faire du

(1) L'Eglise protesta, dès l'origine, contre cette théorie, ne lui reconnaissant d'autre mérite que celui de l'ingéniosité. La doctrine ecclésiastique repose, en effet, sur l'indivisibilité du contrat et du sacrement. Tous les papes l'ont successivement proclamé et Léon XIII a condamné une dernière fois l'opinion contraire le 10 février 1880 (Encyclique *Arcanum*).

défaut de consentement paternel un empêchement dirimant de mariage.

En 1635, sur les instances de Louis XIII, l'assemblée générale du clergé déclarait solennellement « que la coutume de France ne permettait pas à un prince du sang de se marier sans le consentement du roi, bien moins encore contre sa volonté et sa défense. »

En dehors de ces deux empêchements : défaut de consentement des parents et défaut de consentement du roi, le pouvoir civil n'innova point en matière matrimoniale. Il sut respecter et sanctionner au besoin les empêchements de la législation canonique, et jusqu'à l'époque de la Révolution, l'Eglise demeura maîtresse incontestée de la législation du mariage.

Quelques hardis novateurs souhaitaient une réforme plus radicale et revendiquaient pour l'Etat seul, le droit de régler les conditions du mariage. Cette doctrine, enseignée par le théologien Launoy, dans un ouvrage (1) qui fit beaucoup de bruit et qui encourut même les foudres de la congrégation de l'Index, ne rallia jamais qu'une faible minorité de jurisconsultes. Quant au pouvoir civil, il refusa constamment de s'y associer.

Telle est l'histoire sommaire de la législation du mariage dans notre ancien droit. Mais il ne suffit pas d'établir des empêchements, il importe d'en assurer le respect. Or, si l'on veut bien se rappeler que depuis le VI[e] siècle, l'Eglise avait le monopole de la juridiction du mariage, on se rendra facilement

(1) *Regia in matrimonium potestas*, Paris, 1674.

compte de l'inutilité des empiètements de l'Etat sur le pouvoir législatif de l'Eglise. La législation, en effet, ne saurait aller sans la juridiction. Cette formule ne nous fera point accuser d'enseigner la confusion des pouvoirs; ce que nous voulons seulement dire, c'est que dans la notion du pouvoir doivent se rencontrer à la fois, pour se compléter, la puissance législative et la puissance de juridiction. Assurément ce ne seront point les mêmes qui feront la loi et qui la feront appliquer sous la double forme de l'exécution et la décision judiciaire ; mais ce sera le même pouvoir, la même autorité, unique dans son principe, bien que multiple dans ses fonctions et surtout dans ses organes, qui, après avoir créé la loi, en maintiendra le respect par la voie administrative ou par la sentence des tribunaux. Or, l'Etat s'était mis à légiférer sur le mariage ; donc il devait s'arroger aussi le pouvoir de juridiction sur les cas litigieux. Ainsi le voulait la logique ; les juristes furent assez habiles pour le comprendre, et de bonne heure ils s'occupèrent de battre en brèche les officialités.

Dès le XVe siècle, l'Etat s'empara des questions pécunaires relatives au mariage, les disjoignit du procès et s'en réserva le jugement. Ce fut un premier pas, qui devait être suivi de tentatives moins justifiables. A l'origine, par exemple, l'Eglise connaissait de la séparation de biens comme accessoire de la séparation de corps ; un siècle plus tard, les rôles étaient renversés et le juge civil connaissait de la séparation de corps, « sous prétexte, dit Fleury dans ses *Nouveaux Opuscules*, que cette séparation en-

traîne toujours celle des biens. » Le pouvoir civil s'avançait ainsi par degrés, d'une marche lente mais sûre, vers la scission complète du mariage en deux parties : le contrat civil d'un côté, livré à la puissance séculière, le sacrement de l'autre, abandonné à la puissance ecclésiastique. C'est la théorie des légistes appliquée au pouvoir de juridiction. Elle fournit à l'Etat le moyen de prononcer des nullités de mariage, sans rompre ouvertement avec la doctrine catholique.

Dans sa lutte contre les juridictions ecclésiastiques, le pouvoir civil se servit d'une arme précieuse : l'*appel comme d'abus*. Cette institution d'origine ancienne, tombée depuis longtemps dans l'oubli, fut ressuscitée par les légistes du XVIe siècle, soucieux d'assurer le respect des lois civiles sur le mariage. Quand une juridiction ecclésiastique s'était arrogé, par exemple, la connaissance d'une question pécuniaire, appel comme d'abus était porté de la sentence de l'official devant le parlement. Il en était ainsi, d'une façon générale, toutes les fois que la sentence de l'official était contraire aux prescriptions de la législation civile. Bientôt même l'appel devint plus expéditif : on appela directement de la célébration du mariage, sans attendre la sentence du tribunal ecclésiastique.

C'est ainsi que les juridictions civiles s'élevèrent peu à peu à côté des juridictions de l'Eglise. Les officialités n'en subsistèrent pas moins jusqu'à la Révolution ; il importe donc de remarquer que si l'indépendance du pouvoir civil était établie en principe, on ne tirait de ce principe que des conséquen-

ces fort peu redoutables pour la juridiction parallèle.

Un mot encore de la célébration des mariages. Jusqu'en 1563, le mariage se célébrait sans aucune formalité, ou, pour parler plus exactement, il n'y avait point de célébration légale du mariage. On appliquait dans toute sa rigueur le vieux principe romain : *nuptias solus consensus facit*. Sans doute l'usage s'était introduit de bonne heure parmi les chrétiens, de faire bénir leur union par l'Eglise ; nous avons même vu qu'un empereur bysantin, Léon le Philosophe, avait prescrit la bénédiction nuptiale à peine de nullité. Mais la jurisprudence canonique de l'Occident ne fut nullement influencée par cette décision, et il faut descendre jusqu'au concile de Trente, pour rencontrer une modification radicale aux doctrines de l'Eglise sur la forme du mariage.

De contrat consensuel, le mariage devient alors contrat formel. Son existence même sera subordonnée à sa célébration *in facie Ecclesiæ*. A peine de nullité, tout mariage devra être reçu par le propre curé des parties, en présence de deux ou trois témoins.

On pourrait croire que la législation civile reçut le contre-coup immédiat de cette innovation canonique. Il n'en fut rien. Rappelons-nous que nous sommes au XVI[e] siècle, c'est-à-dire à l'époque où commence le conflit entre les deux puissances rivales, et où l'Etat prétend dire son mot dans la législation du mariage. Malgré les efforts du saint-siège, les canons du concile de Trente ne furent donc pas

promulgués en France ; et le fait est d'autant plus curieux à constater, que c'est à la requête des ambassadeurs français que le concile avait rendu son décret sur la célébration des mariages.

Cette divergence entre les deux législations ne devait pourtant pas être de longue durée. En 1579, l'ordonnance de Blois, conçue dans le même esprit que le concile, en reproduisit à peu près les dispositions.

Pendant plus d'un siècle, la France vécut sous ce régime ; mais en 1697, Louis XIV, exagérant le formalisme de la législation canonique, décida que le mariage ne serait valable qu'autant que le curé aurait déclaré solennellement les conjoints unis : c'était la bénédiction nuptiale rendue civilement obligatoire (1).

Le régime inauguré par l'ordonnance de Blois devait avoir pour effet de rendre tout mariage impossible aux protestants. Jusqu'à la révocation de l'édit de Nantes, c'est-à-dire pendant cette période de liberté religieuse qui suivit la grande mesure libérale de Henri IV, on leur reconnut sans difficulté le droit de se marier devant leurs pasteurs. Mais en 1685, une ère de vexations s'ouvrit pour les réformés : ils se virent dans la nécessité ou de feindre une abjuration, pour recevoir d'un prêtre catholique la bénédiction nuptiale, ou de contracter clandestinement, *au désert,* comme on disait alors, un mariage évidemment nul suivant les lois du royaume. C'était

(1) L'ordonnance de 1697 exige de plus quatre témoins, tandis que le concile de Trente n'en exige que deux ou trois. Ce luxe royal a passé dans notre code civil.

à ce dernier parti qu'ils s'arrêtaient le plus souvent, aimant mieux encore avoir un état incertain et donner le jour à une postérité bâtarde aux yeux de la loi, que de se parjurer en pratiquant une religion qui n'était point la leur.

Plus de quatre cent mille mariages furent ainsi contractés *au désert* devant les ministres protestants. On se cachait pour conserver ses croyances. « De » là, dit Merlin, des naissances et des mariages » dont la date n'était consignée nulle part. De là cette » incertitude dans l'état des personnes, d'où résul- » taient fréquemment des procès déplorables. Tantôt » c'étaient des parents avides, qui voulaient priver » d'autres parents des successions auxquelles ces » derniers avaient droit ; tantôt c'étaient des époux » qui violaient leur foi en attaquant une union mal » assortie, contractée en face de Dieu, mais non du » curé, autorité civile. A chaque instant, les parle- » ments se trouvaient dans la cruelle alternative ou » de violer la loi en validant de pareilles unions, ou » de violer le droit naturel en les annulant (1). » Les choses en vinrent à ce point, que des évêques même regrettèrent le temps où chacun était libre de pratiquer ses croyances religieuses. De courageux magistrats prirent la parole en faveur de la liberté ; mais les parlements, incapables de toute initiative, déclaraient s'en rapporter à la sagesse et à la prudence du roi.

A Louis XVI était réservé l'honneur de mettre un terme à cette confusion regrettable du pouvoir civil et du pouvoir religieux, qui avait enfanté tant

(1) Merlin, Rép. V° *Religionnaires*.

de maux, produit tant de parjures, tyrannisé tant de consciences. Dans un édit de 1797, il permit à toute personne de contracter mariage, non plus seulement devant son propre curé, mais aussi devant l'officier de justice du lieu de son domicile.

La Révolution sécularisa complètement la législation, la juridiction et la célébration du mariage. Elle dépassa, suivant nous, les limites d'une sage liberté, en défendant aux ministres du culte de célébrer un mariage religieux sans qu'on leur ait justifié d'un mariage civil préalable (1).

On connaît l'événement qui précipita la rupture entre le pouvoir civil et le pouvoir ecclésiastique. Le comédien Talma s'étant présenté devant le curé de Saint-Sulpice pour le prier de publier ses bans, celui-ci refusa de lui prêter son ministère, invoquant l'autorité de la tradition catholique. Ce refus produisit un éclat en rapport avec l'immense notoriété de l'artiste, qui, après une sommation faite au curé et restée inefficace, s'adressa directement à l'assemblée constituante : dès le lendemain, le principe du mariage civil était proclamé.

Nous avons rapidement esquissé l'histoire du mariage dans notre ancienne législation. On voit, par ce court exposé, l'influence que l'Eglise a exercée dans cette matière et l'importance que prend, dans un sujet relatif au mariage, la connaissance des précédents. Aussi croyons-nous indispensable, en traitant la question du consentement des parents au mariage de leurs enfants, d'accorder une très large part à l'étude de l'ancien droit. Toutefois,

(1) Loi du 18 Germinal an X.

nous n'avons pas dessein d'approfondir la question dans ses parties purement historiques ; des recherches sur cette matière dépasseraient les limites de notre plan et la mesure de nos forces. Nous ne ferons donc qu'effleurer la période de droit écoulée entre le travail législatif de Justinien et la rédaction des coutumes, réservant tous nos développements pour le droit canonique et pour la dernière époque de notre ancienne jurisprudence.

CHAPITRE PREMIER

Doctrine de l'Eglise sur le mariage des enfants de famille

La doctrine de l'Eglise sur le mariage des enfants de famille peut se résumer en ces deux propositions :

D'une part, le consentement des parents n'est nullement nécessaire à la validité du mariage.

D'autre part, les enfants qui négligent de requérir ce consentement, se dérobent au plus sacré des devoirs.

Cette doctrine se trouve exposée de la façon la plus claire dans un texte de Bellarmin :

« In ejusmodi conjugio, (il s'agit d'un mariage » contracté par un fils de famille sans la volonté » paternelle) nihil eorum deest, quæ ad essentiam » matrimonii pertinent..... nam consensus contra- » hentium adest et proinde intentio ministri ; adest » materia, quæ sunt personæ ad matrimonium » idoneæ ; adest forma, id est, verba seu signa » mutui consensus..... Filius, licet patri obedien- » tiam et reverentiam debet, tamen quando usum » liberi arbitrii habet, liber est et sui juris, non » minus quam pater, in his quæ ad statum vitæ

» pertinent. Quare poterit quidam peccare, dum non » sequitur patris directionem in statu eligendo, » tamen quod facit, ratum et firmum erit, quia de » re sua, non de aliena disposuit (1), »

Voici de ce texte une traduction aussi exacte que possible :

« Dans l'union contractée sans la volonté des parents, il ne manque aucun des éléments essentiels du sacrement de mariage. On y trouve, en effet, le consentement des parties contractantes et par conséquent la volonté du *ministre* (2); on y trouve également la *matière*, à savoir : des personnes réunissant les qualités requises pour se marier; on y trouve enfin la *forme :* ce sont les paroles ou les signes servant à exprimer le consentement mutuel des époux. Le fils doit sans doute à son père obéissance et respect; mais cela n'empêche pas que le jour où il acquiert le plein usage de sa raison, il devient aussi libre et aussi indépendant que son père, pour tout ce qui touche à son état. C'est pourquoi il pourra bien commettre une faute en ne suivant pas les conseils de son père dans le choix d'un état, mais l'acte par lui posé n'en sera pas moins régulier et inattaquable, car c'est sa chose et non pas celle d'autrui, dont il a disposé. »

Cette doctrine a-t-elle toujours été celle de

(1) Bellarmin, *de Sacramento matrimonii,* XIX ; *Disputationes*, T. III. p. 825. (Milan, 1857).

(2) On sait que même depuis le concile de Trente, les époux sont toujours les seuls ministres du sacrement de mariage. Le concile n'a pas exigé la bénédiction nuptiale, mais simplement la *présence* du curé. Celui-ci est donc un simple *témoin*, jouant un rôle purement passif.

l'Eglise ? C'est là une des questions qui ont fait l'objet des plus vives controverses, tant parmi les canonistes que parmi les jurisconsultes.

Il est un fait universellement reconnu par ceux qui ont traité ce sujet, c'est que depuis le XII[e] siècle, l'Eglise n'a pas varié dans ses déclarations et qu'elle a toujours proclamé la validité du mariage contracté sans le consentement des parents. Mais un grand nombre de commentateurs, et des plus autorisés, soutiennent qu'avant cette époque, l'Eglise considérait le défaut de consentement des parents comme un empêchement dirimant. Dès le XVI[e] siècle, Pasquier, avec l'accent habituel de son humeur gauloise, traitait de « moynes rapetasseurs de vieilles » gloses, ceux qui depuis quelques centaines d'ans » avaient insinué cette barbare et brute opinion, » que de droit canon le consentement des pères et » mères, n'estait requis au mariage de leurs enfants » que par honneur, et non de nécessité (1). » Au XVIII[e] siècle, la plupart des auteurs enseignaient la même doctrine (2) ; on la retrouve également exposée dans un certain nombre d'ouvrages modernes (3).

(1) *Recueil chronol. concernant les mariages clandestins*, p. p. 14 et suiv.

(2) Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements du mariage.* 2[e] Edit., p. p. 471 et suiv.; *Conférences ecclés. de Paris,* T. III, p. 400 ; d'Héricourt, *Les lois ecclésiastiques,* ch. V, art. 2 ; Guy de Rousseaud de La Combe, *Jurisprud. canonique,* V° *Rapt,* sect. 3, n° 5 ; Pothier, *Traité du contrat de mariage,* n° 322 ; Durand de Maillane, *Dictionn. de droit canonique,* T. V, V° *Rapt.*

(3) Beaune, *Droit coutumier français, Condition des personnes,* p. 449 ; Viollet, *op. cit.,* p. 334 ; Duguit, *op. cit.,* p. p. 587 et suiv.

On n'attend pas que nous entrions ici dans les détails d'une controverse qui nous entraînerait à d'interminables discussions sur une quantité considérable de textes. Nous renvoyons donc, pour l'examen de cette question aussi aride que délicate, aux ouvrages qui l'ont traitée avec tous les développements qu'elle comporte.

Gibert, par exemple, dans son *Historica disquisitio* (1) étale un luxe d'érudition vraiment remarquable. Il accumule dans son ouvrage tous les textes, profanes et sacrés, canoniques et non canoniques, qui ont trait à la question du consentement des parents ; au témoignage des canonistes, il n'en a omis aucun. Le savant auteur espère ainsi démontrer, à la lumière des textes et d'une manière irréfutable, qu'au moyen-âge, même aux yeux de la législation canonique, le mariage n'était valide qu'autant qu'il était autorisé par les parents des époux. Nous n'avons eu ni la curiosité ni le courage de l'accompagner à travers ce dédale de preuves, et nous nous sommes borné à étudier les quelques textes que les partisans de la même théorie, les Gerbais, les d'Héricourt, les Pothier, les Durand de Maillane et autres, ont coutume de citer à l'appui de leur doctrine. Il est vraisemblable que ces auteurs, en faisant une sélection parmi les textes, ont été assez habiles pour ne pas choisir les moins probants ; il y a donc grande apparence qu'en les suivant dans la démonstration de leur théorie, nous avons rencontré les

(1) Cet ouvrage a pour titre exact: *De doctrina canonum corpore juris inclusorum, circa requisitum ad filiorum matrimonia parentum consensum, historica disquisitio, auctore Joanne Petro Gibert, doctore theologo aquiensi.*

arguments les plus sérieux que l'on puisse invoquer en sa faveur.

Nous n'avons même pas l'intention de reproduire et de discuter ici ce nombre limité de textes. Cette discussion nous mènerait trop loin; aussi nous nous contenterons de faire et de développer sur ce sujet deux observations. La première, c'est que la plupart des textes invoqués sont loin d'avoir la portée qu'on prétend leur donner. La seconde, c'est qu'un certain nombre d'auteurs ont cité des textes avec une connaissance imparfaite de leurs dispositions et de leur origine, nous n'oserions dire avec mauvaise foi.

Et d'abord, disons-nous, on a singulièrement exagéré la portée de certains textes.

Voici, par exemple, quelques passages de l'Ecriture, dont on a prétendu tirer argument, et où il est dit qu'il appartient aux pères de disposer des mariages de leurs enfants. C'est d'abord le Deutéronome, qui prête à Dieu ce langage: « Vous ne donnerez point vos filles aux fils des nations infidèles et vous ne prendrez point leurs filles pour être les femmes de vos fils. » C'est aussi le livre de Jérémie, où il est recommandé aux Israëlites qui avaient été transportés à Babylone, de marier leurs fils et leurs filles : « Date filiis vestris uxores, et filias vestras date viris. » C'est enfin l'Ecclésiaste, qui dit au père de famille : « Mariez votre fille et vous aurez fait une grande affaire, et donnez-lui un homme de bon sens. »

Où voit-on dans ces textes de l'Ancien Testament, qui se tiennent toujours dans la même note d'exhortation morale, une condamnation précise du mariage

contracté sans l'assentiment du père de famille? La seule conséquence que l'on puisse tirer de ces passages de l'Ecriture, c'est que la loi divine ordonne aux enfants de se laisser conduire dans leur mariage par leurs père et mère, à qui Dieu a commis le soin de pourvoir à leur établissement. C'est ainsi qu'Isaac, Jacob, Samson ne prirent des femmes que selon le choix de leurs parents, et qu'Esaü est blâmé dans la Genèse de s'être marié sans le consentement de son père. Mais, comme le fait remarquer Grotius (1), cette circonstance n'avait point empêché que la femme d'Esaü ne fût tenue pour une véritable épouse et que ses enfants ne fussent considérés comme légitimes.

Pour passer à un autre ordre de textes, citons le quatrième concile de Carthage, qui veut que les enfants soient présentés au prêtre de la main de leurs parents, quand ils viendront lui demander la bénédiction nuptiale : *Nuptiis sponsus et sponsa a parentibus offerantur sacerdoti benedicendi.* Les auteurs qui invoquent ce texte, lequel paraît, d'ailleurs, absolument muet sur la question de validité ou de nullité du mariage, confondent deux choses essentiellement distinctes : le mariage et la bénédiction nuptiale. Il est possible qu'en ces temps primitifs, ces deux éléments n'aient pas toujours été aussi nettement séparés qu'ils le sont de nos jours, étant donné surtout le caractère exclusivement religieux qu'avait alors l'union conjugale ; mais il n'en est pas moins incontestable que jusqu'au concile de Trente, le mariage fut un contrat consensuel,

(1) *De jure belli ac pacis*, lib. 2. cap. 5.

parfait par le seul échange des volontés. En conséquence, cette bénédiction nuptiale dont parle le concile de Carthage, pouvait très bien ne pas être le mariage. Mais allons plus loin et supposons pour un instant que le mot *benedicendi* signifie le consentement réciproque donné devant le prêtre et béni par lui : il reste toujours une incertitude complète sur la valeur des expressions : *a parentibus offerantur*. S'agit-il d'une présentation toute de convenance ? S'agit-il, au contraire, d'une démarche nécessaire pour la validité du mariage ? Le texte ne nous paraît pas assez formel pour nous prononcer avec certitude dans un sens plutôt que dans l'autre (1).

Nous avons dit, en second lieu, que certains auteurs invoquent à l'appui de leur opinion, des textes qu'ils paraissent imparfaitement connaître, ou qu'ils croient devoir tronquer pour les besoins de leur cause.

Nous prendrons comme exemple, pour corroborer cette affirmation, le texte le plus concluant, au dire de tous les auteurs qui l'ont invoqué : nous voulons parler d'une épître décrétale que l'on a parfois attribuée au pape Evariste, et que l'on désigne ordinairement sous le nom de canon *Aliter*, du premier mot par lequel ce canon débute. Pothier (2) ne manque pas de le citer, et c'est même le seul texte canonique qu'il apporte dans sa démonstration. Remarquons, d'ailleurs, que Pothier, à dessein ou involontairement, ne le regarde que comme un

(1) Abbé Vantroys, *Du consentement des parents au mariage*..... p. 154.

(2) *Traité du contrat de mariage*, n° 323.

capitulaire des rois de la seconde race, sans ajouter que toute son autorité vient de son insertion au *Corpus juris canonici* (1). Ceci témoigne qu'il n'était qu'imparfaitement renseigné sur l'origine et par suite sur le caractère du texte qu'il produisait. Mais cette observation est relativement peu importante auprès de celles qui vont suivre.

Voici le texte complet du canon que l'on invoque:

C. I. Clandestina conjugia fieri non debent.

« Aliter legitimum non fit conjugium, nisi ab » his, qui super ipsam feminam dominationem » habere videntur, et a quibus custoditur, uxor » petatur, *et a parentibus et propinquioribus sponsetur*, » et legibus dotetur, et suo tempore sacerdotaliter, » ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacer- » dote benedicatur, et a paranymphis, ut consuetudo » docet, custodita et sociata, *a proximis congruo* » *tempore petita legibus detur*, ac solemniter acci- » piatur, et biduo, vel triduo orationibus vacent, et » castitatem custodiant. »

« § I. Ita peracta legitima scitote esse connubia : » aliter vero præsumpta, non conjugia, sed adul- » teria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes » potius, quam legitima conjugia esse non dubitate, » *nisi* voluntas propria suffragaverit, et vota suc- » currerint legitima. »

(1) Il est bien vrai, comme le pensent aujourd'hui les plus habiles critiques, que le pape Evariste n'est pas l'auteur de cette épître décrétale; mais comme elle a été insérée dans le Décret de Gratien, l'Eglise, sans s'embarrasser de discuter ou de savoir quel en est l'auteur, a approuvé ce qu'elle contient, et par conséquent a aussi regardé le capitulaire de Charlemagne, qui n'a fait que la transcrire, non seulement comme une loi politique, mais de plus, comme une constitution canonique. (*Conférences de Paris*, T. I, p. 402).

En d'autres termes, « il ne saurait y avoir de mariage légitime qu'aux conditions suivantes : l'épouse sera demandée à ceux qui paraissent avoir autorité sur elle et qui en ont la garde ; *ses parents, ses proches la fianceront*, la doteront selon les lois ; au moment voulu, le prêtre, comme c'est l'usage, récitera des prières, recevra des présents et la bénira. Après que, suivant la coutume, elle aura été gardée par ses compagnes, environnée par elles, *que ses proches, au temps opportun, auront reçu la demande, et l'auront donnée conformément à la loi,* son époux la recevra solennellement, et pendant deux ou trois jours ils vaqueront à la prière et garderont la continence ;

» Sachez que la légitimité du mariage ne résultera que de l'accomplissement de toutes ces formalités. Si l'on a procédé différemment, ce n'est plus un mariage, mais un adultère, l'union des esclaves, le désordre, la fornication, bien plus qu'une union matrimoniale légitime, n'en doutez pas : *à moins que la volonté propre des époux ne se soit manifestée et qu'il n'y ait eu un échange de vœux légitimes* (1). »

Ce qui frappe tout d'abord, à la première lecture de ce texte, c'est que la conclusion en est diamétralement opposée à la thèse de Pothier. Que dit, en effet, le canon *Aliter ?* Après avoir énuméré, avec un luxe de détails véritablement oiseux et bien peu digne de la précision requise dans un texte juridique, un certain nombre de formalités, après avoir déclaré que la légitimité du mariage est subordonnée à l'accomplissement de ces conditions multiples, il fait une réserve de la plus haute importance : il ajoute que

(1) Trad. Vantroys. *Op. cit.* p. 162.

le défaut d'une ou plusieurs formalités sera en quelque sorte couvert par le libre consentement des parties. Peut-on imaginer un argument plus décisif en faveur de la théorie du droit naturel, aux termes de laquelle la validité du mariage ne dépend pas de la volonté des parents, mais uniquement de cette double condition : aptitude des époux à contracter mariage et liberté des consentements échangés ?

Remarquons en outre que toutes les formalités énoncées par le texte sont mises sur le même pied. Or, qui songe à soutenir que la bénédiction nuptiale, par exemple, a jamais été, même aux yeux de l'Eglise, une condition essentielle à la validité du mariage ? De même, qui oserait prétendre qu'un mariage perdra son caractère d'union légitime, parce que les époux n'auront pas su pratiquer l'austère vertu d'un Tobie, en se privant durant quelques jours, de plaisirs permis ?

Pour échapper à la conclusion du texte, il y avait deux moyens également simples : ou bien ne pas citer la fin de ce texte et laisser ainsi le lecteur sous l'impression de la condamnation absolue qu'il renferme ; ou bien la citer en la modifiant, de manière à accentuer encore le caractère impitoyable de cette condamnation.

Cette double ressource a séduit l'esprit ingénieux des jurisconsultes. Pothier s'est approprié la première ; Gibert, Le Merre et Le Conte ont trouvé la seconde mieux à leur goût, et il faut convenir que leur système est le plus logique en même temps que le plus loyal, car ils ont une apparence de raison pour justifier la modification qu'ils font subir au

texte. Ces auteurs prétendent que le texte a été altéré et qu'il faut lire *etiamsi* au lieu de *nisi*. Sait-on sur quoi Gibert se fonde pour exiger une lecture si différente ? Sur ce que certains manuscrits anciens donnent la leçon *etiamsi*. Mais n'est-il pas évident que cet argument est dépourvu de toute valeur, du moment où il est prouvé que le texte officiel donne une leçon différente ? Or, Gibert fait l'aveu et il n'est contesté par personne, que le canon, tel qu'il est inséré au Décret de Gratien, porte le mot *nisi*. Dès lors, cette dernière leçon, fût-elle contraire au texte original, n'en doit pas moins lui être préférée, puisque c'est la seule qu'ont adoptée les correcteurs romains chargés par l'autorité pontificale de la révision des textes et de leur publication officielle (1).

Nous donnerons à l'appui de nos observations, un dernier exemple, que nous prendrons dans la fameuse consultation aux Bulgares, si souvent invoquée par les auteurs, tant anciens que modernes, pour soutenir que le consentement des parents était canoniquement nécessaire à la validité du mariage. Nous aurons ainsi donné une idée suffisante, quoique sommaire, de la difficulté qui s'élève sur ce sujet, en faisant connaître la physionomie générale des principaux textes invoqués.

Les Bulgares, qui faisaient partie du rit grec, avaient demandé à être instruits des usages de l'Eglise romaine. C'est pour répondre à cette demande, que le pape Nicolas Ier rédigea, au IXe siècle, une longue instruction, où sont groupés et expliqués les points les plus importants de la disci-

(1) Vantroys, *op. cit.*, pp. 163 et suiv.

pline ecclésiastique, notamment les usages relatifs au mariage.

Voici de quelle manière M. Duguit cite ce document à l'appui de la thèse qu'il soutient : « On a » prétendu, dit le savant professeur, que jamais, » même avant le XIII[e] siècle, l'Eglise n'avait exigé » le consentement des parents comme condition de » validité : sans doute, le consentement des parents » était désiré, mais il n'était point exigé à peine de » nullité. On fait observer que, dans les textes de » l'époque, l'Eglise se borne à infliger une peine à » ceux qui se marient sans l'autorisation de la » famille. Pour réfuter cette opinion, il suffit, ce » nous semble, de rappeler les textes cités plus » haut... »

Or, si l'on se reporte à ces textes cités par M. Duguit, on trouve la consultation aux Bulgares. « Gratien, nous dit-il, rapporte dans son décret la » célèbre lettre du pape Nicolas I[er] aux Bulgares, » dont nous transcrivons les lignes suivantes : *Sed* » *post sponsalia, quæ futurarum sunt nuptiarum pro-* » *missio, fœdera quoque consensu eorum qui hæc* » *contrahunt, et eorum in quorum potestate sunt,* » *celebrantur*. Décision générale et absolue, qui vise » à la fois le mariage des filles et des fils et qui » exige le consentement de ceux qui ont la *potestas*... » Dans le droit canonique antérieur au XII[e] siècle, » l'autorisation des parents est donc exigée, et » exigée à peine de nullité (1). »

A ne s'en tenir qu'au passage cité par M. Duguit, on pourrait, à la rigueur, soutenir que le pape

(1) Duguit, *Nouv. revue histor. de droit*, 1886, p. 593.

Nicolas Ier exigeait le consentement des parents comme une condition essentielle à la validité du mariage. Encore disons-nous : à la rigueur, car rien, dans le texte, n'indique que ce consentement soit prescrit à peine de nullité. Mais il ne suffit pas, pour apprécier exactement la portée d'un texte, d'en détacher un passage qui, pris isolément, peut paraître donner raison à telle ou telle doctrine; il faut le prendre en son entier, l'examiner dans toutes ses parties, en peser tous les termes. Or, si l'on se reporte au texte du Décret (1), on y trouve la condition du consentement des parents perdue au milieu d'une foule de formalités qui rappellent l'énumération contenue dans la décrétale d'Evariste et que personne n'oserait dire avoir été exigées à peine de nullité. Voici, d'ailleurs, ce texte, que nous reproduisons *in extenso*, afin d'en montrer le véritable caractère :

C. III. Nuptiæ publice celebrari debent.

« Item Nicolaus ad consulta Bulgarorum cap. 3.
» Nostrates tam mares quam feminæ non ligaturam
» auream, vel argenteam, aut ex quolibet metallo
» compositam, quando nuptialia fœdera contrahunt,
» in capitibus deferunt : *sed post sponsalia, quæ*
» *futurarum sunt nuptiarum promissio, fœdera*
» *quoque consensu eorum qui hæc contrahunt, et*
» *eorum in quorum potestate sunt, celebrantur;* et
» postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum
» fidei annulo insignitum desponderit, dotemque
» utrique placitam sponsus ei cum scripto pactum

(1) Can. 3, Cause 30, Quest. 5.

» hoc continente coram invitatis ab utraque parte » tradiderit (aut mox, aut apto tempore, ne videlicet » ante tempus lege definitum tale quid fieri » præsumatur) ambo ad nuptiala fœdera perdu- » cuntur : et primum quidem in Ecclesia Domini » cum oblationibus, quas offerre debent Deo per » sacerdotis manum, statuuntur, sicque demum » benedictionem, et velamen cœleste suscipiunt.

» Item § I : Hæc sunt, præter alia, quæ ad » memoriam non occurrunt, pacta conjugiorum » solemnia. *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in* » *nuptiali fœdere non intervenerint, non dicimus,* » quemadmodum Græcos vos astruere dicitis. »

Nous ne traduirons de ce texte que les passages qui ont trait directement à notre question :

« Les unions sont célébrées du consentement de ceux qui les contractent et de ceux en la puissance desquels ils se trouvent... »

Et surtout le § 1, que beaucoup d'auteurs passent sous silence, quoiqu'il soit d'un grand secours pour apprécier la véritable portée du texte : « Telles sont, et nous en omettons d'autres qui ne nous reviennent pas en mémoire, les formalités solennelles des mariages. Cependant nous nous gardons bien de dire, ainsi que d'après vous l'affirment les Grecs, qu'il y ait péché, si toutes ces conditions ne se retrouvent pas dans chaque mariage. »

Ainsi, voilà qui est clair : des conditions multiples sont prescrites pour le mariage, mais toutes ne le sont pas à peine de nullité ; bien plus, il n'y a même pas de faute aux yeux de l'Eglise, si certaines conditions ne se trouvent pas remplies. Quelles sont

maintenant parmi ces conditions, celles qui sont absolument indispensables ? Mystère ; le texte ne le dit pas, et son silence autorise toutes les suppositions. Nous voici donc bien loin de cette indiscutable clarté que l'on prétend trouver dans les textes ; aussi nous ne saurions nous associer à l'opinion de M. Duguit, quand il dit que la nécessité du consentement paternel en découle *avec évidence* (1).

Sous le bénéfice de ces observations, que nous croyons avoir suffisamment développées, nous n'hésitons pas à reconnaître que pendant l'époque barbare, quelques conciles particuliers se sont écartés de la doctrine orthodoxe. Le quatrième concile d'Orléans, par exemple, tenu en l'an 541, semble considérer comme un véritable rapt le mariage contracté sans le consentement des parents. Il contient à ce sujet, des expressions qui, pour manquer d'un peu de netteté, n'en sont pas moins caractéristiques : « Conjugium quod contra parentum » voluntatem impie copulatur, *velut captivitas* » *judicetur, sed sicut prohibitum est, non admittatur.* » Si quis perpetraverit, excommunicationis severitas » pro modo piaculi imponatur. » Nous inclinons à croire qu'une législation qui assimilait au rapt l'union contractée sans la volonté des parents, devait naturellement en prononcer la nullité. Toutefois, celle-ci n'est pas exprimée en termes suffisamment clairs pour dissiper tous les doutes.

Au XII[e] siècle, nous l'avons dit au début de ce chapitre, la doctrine canonique est nettement établie dans le sens de la validité du mariage. A cette

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 593.

époque, les décisions contraires que l'on trouvait éparses dans les textes de la période barbare et des premiers siècles du moyen-âge, ont définitivement disparu. Voici, en effet, comment s'exprime Pierre Lombard, l'un des maîtres de la science canonique au XII[e] siècle : « Illi etiam sententiæ, qua dictum » est solum consensum facere conjugium, videtur » obviare quod Evaristus papa ait : *Aliter non fit* » *conjugium nisi parentibus uxor tradatur.* Hoc » autem non ita intelligendum est, tanquam sine » enumeratis non possit esse legitimum, sed quia » sine illis non habet decorem et honestatem » debitam. In hujus enim sacramenti celebratione, » sicut in aliis, quædam sunt pertinentia ad » substantiam sacramenti, ut consensus de præsenti, » qui solus sufficit ad contrahendum matrimonium, » quædam vero pertinentia ad decorem et solemni- » tatem sacramenti, ut parentum traditio, sacer- » dotum benedictio et hujusmodi, sine quibus » legitime fit conjugium quantum ad virtutem, non » quantum ad honestatem sacramenti (1). » Il y a donc dans le mariage deux espèces de conditions. Les unes sont nécessaires pour la validité de l'union conjugale *(quantum ad virtutem)* : la première de ces conditions est le consentement des époux. Les autres ne sont requises que pour la dignité de cette union *(ad honestatem)* : c'est, par exemple, le consentement des parents.

Cette doctrine a rallié sans peine l'unanimité des

(1) Pierre Lombard, *Livre des Sentences*, livre IV, dist. 28, quest. 1 (St Thomas, *Sur les Sentences de Pierre Lombard*, t. VII, p. 157, verso, Rome, 1570).

théologiens, et en 1234, elle a reçu la consécration législative dans les Décrétales de Grégoire IX. Les Décrétales ne disent pas sous une forme positive, que le consentement des parents n'est pas nécessaire à la validité du mariage ; mais cela ressort de leur silence même. Elles contiennent, en effet, l'exposé complet de la doctrine canonique sur le mariage. Or, parmi les conditions qu'elles énumèrent comme indispensables à la perfection du lien conjugal, ne figure pas le consentement des parents. Elles affirment, d'ailleurs, à maintes reprises, que le consentement des époux, seul et indépendamment de tout consentement accessoire, suffit à constituer le mariage : *Matrimonium autem solo consensu contrahitur* (1).

Cette solution est, pour ainsi dire, universellement admise. Cependant quelques rares canonistes modernes (2) ont soutenu que dans la législation des Décrétales, le père pouvait encore annuler le mariage auquel il n'avait point consenti, ce mariage ne devant être maintenu que dans le cas où le père ne faisait point usage de son droit, parce qu'il y avait alors un consentement tacite. On a invoqué à l'appui de cette opinion, une décrétale du pape Innocent III (3). Nous n'entrerons pas dans les détails de cette longue épître; citons seulement ce qui a directement rapport à notre thèse :

(1) C. 14. X, De sponsalibus et matrimoniis, IV, 1.

(2) Duguit cite Fr. Eichorn, *Grundsatze des Kirchenrechts der Katolischen und der evangelischen Religionspartei in Deutschland*, t. II, p. 361 (Gœttingue, 1831-33).

(3) C. 6. X, *De conditionibus appositis in desponsatione*, IV, 5.

Innocentius III, anno 1212.

« Per tuas litteras intimasti, quod cum quædam » mulier P. nomine, N. postularet in virum, afferens » inter se mutuum de præsenti consensum interve- » nisse, et carnalem copufam accessisse : vir ipse » quamvis contracta sponsalia et copulam carnalem » non negaret, afferebat tamen se illam in uxorem » ducere non teneri, quia sponsalia inter ipsos sub » hac fuerunt conditione contracta, si pater ejus et » patruus sponsalibus consentirent : sed ipsi quam » cito noverant, et sponso contradixerunt et spon- » sæ... Respondemus, quod cum liquido constet, » quod post contracta sponsalia, carnalis est inter » eos copula subsecuta, pro matrimonio est præsu- » mendum, quia videtur a conditione apposita » recessisse. Nam etsi probatum sit, quod postquam » pater et patruus viri contradixere sponsalibus, » idem vir mulierem illam carnali conjunctione » cognoverit : *non est tamen aliquo modo probatum,* » *quod antequam ipse cognovisset eamdem, pater ejus* » *et patruus contradicere curavissent.* »

Dans l'espèce prévue par ce texte, des fiançailles ont été faites sous la condition que le père du fiancé consentirait au mariage. Le rapprochement des fiancés *(copula carnalis)* a eu lieu sans le consentement du père, et le fiancé soutenait qu'il n'y avait pas mariage. Innocent III décide que le mariage est valable, parce que d'une part, les époux, en consommant le mariage par des rapports intimes, paraissent bien être revenus sur la condition apposée, et que d'autre part, il n'est pas établi que le père se soit opposé à ce rapprochement des époux.

C'est sur cette dernière raison que l'on s'est appuyé pour soutenir l'absolue nécessité du consentement paternel. On en déduit, en effet, par *a contrario,* qu'il eût suffi au père de s'opposer au rapprochement des époux, pour que le mariage fût nul.

Nous prétendons avec MM. Viollet et Duguit, que ce texte ne peut pas être invoqué. Il prévoit, en effet, une hypothèse toute spéciale : des fiançailles contractées *sous la condition du consentement du père.* Le droit canonique a toujours admis les fiançailles sous une condition licite, et d'une décision d'espèce on ne saurait conclure à une règle générale. M. Duguit ajoute cet argument péremptoire : « Si le père avait, comme on l'a dit, » toujours le droit de demander la nullité du » mariage fait sans son consentement, ce droit lui » appartiendrait assurément dans l'espèce, sinon en » vertu de la condition des fiançailles, du moins en » vertu de la règle générale. Or, ce pouvoir lui est » refusé par le texte, bien qu'il ait fait opposition » seulement après le rapprochement sexuel (1). »

On peut donc considérer comme absolument certain qu'au XIII[e] siècle le consentement des parents n'est plus exigé par le droit canonique pour la validité du mariage. Les auteurs qui voient dans ce fait le résultat d'une transformation opérée dans le droit de l'Eglise, se livrent à une intéressante étude des causes qui l'ont provoquée (2). Nous ne les suivrons pas sur ce terrain, car il ne nous est pas

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 596.

(2) V. Duguit, *op. cit.*, pp. 597 et suiv.

suffisamment démontré que la doctrine ecclésiastique a subi cette évolution.

Le principe d'après lequel les enfants se marient valablement sans l'autorisation de leurs parents, dut à la longue entraîner de nombreux abus. Il est vrai que l'Eglise a toujours considéré comme impies et frappé de sa réprobation les mariages contractés sans le consentement des parents ; mais la sanction de ses prohibitions n'a jamais dépassé, selon nous du moins, la limite des peines spirituelles. Au moyen-âge, époque où la foi religieuse était en honneur, ces peines suffirent pour assurer le respect de la discipline ecclésiastique. Il en fut autrement quand la décadence des mœurs eut amené l'affaiblissement des idées religieuses. La liberté laissée aux enfants ne devait pas tarder à dégénérer en licence et à provoquer l'attention du pouvoir civil. Quoi qu'il en soit, pendant quatre siècles, la législation de l'Eglise sur le mariage fut appliquée dans l'Europe entière, et le pouvoir temporel reconnaissait au moins tacitement sa souveraineté.

Il faut arriver au XVIe siècle, pour voir s'élever à l'encontre de la puissance ecclésiastique, les prétentions d'une autorité rivale, aussi jalouse de faire valoir ses droits que la première de les maintenir. A cette époque, commence entre le pouvoir civil et la puissance spirituelle, un conflit qui va bientôt s'élargir et se préciser, pour aboutir, après deux siècles d'une lutte courtoise, à une rupture complète et définitive.

Avant de suivre et de relever les attaques lentes, habilement conduites, du pouvoir séculier, jetons un

regard en arrière et voyons d'un rapide coup d'œil les origines et le développement de la législation civile française, jusqu'au jour où elle se fondit officiellement dans la législation canonique.

CHAPITRE II

Origines et développement de la législation civile sur le mariage des enfants de famille

Trois peuples se partageaient la Gaule à l'époque de la conquête romaine : les Aquitains, les Celtes, les Belges. L'histoire est pauvre de renseignements sur les institutions et les lois de ces différents peuples. Nous savons seulement par le témoignage de César (1), que les *Galli*, c'est-à-dire les Celtes, avaient droit de vie et de mort sur leurs enfants ; il est donc vraisemblable que ceux-ci se trouvaient, quant à leur mariage, sous l'entière dépendance de leur père.

Une fois la conquête achevée, César fut assez politique pour s'attacher les nouveaux sujets de Rome par la bienveillance et les ménagements. Il respecta leur administration et leurs coutumes, et se garda de leur donner des lois.

Auguste et ses successeurs firent preuve à l'égard des vaincus, de moins d'indulgence et par conséquent de moins d'habileté. Ils leur imposèrent peu à peu leurs mœurs, leur langage et leur législation. Dès lors, la Gaule fut véritablement une partie de

(1) *De bello gallico*, VI, 19.

l'Empire, et elle en suivit la fortune jusqu'à l'arrivée des Barbares. Aussi, lorsque vers la fin du cinquième siècle, les Germains et les Francs, sous la conduite de Clovis, vinrent fonder au-delà du Rhin un établissement définitif, le droit romain était depuis longtemps devenu la religion nationale des Gaulois. Quelques coutumes celtiques subsistaient bien encore ; mais leur importance juridique était tout à fait secondaire, car elles ne pouvaient être invoquées que comme supplément à la loi romaine et seulement lorsque celle-ci était muette (1). Il suffit donc, pour connaître les principes qui régissaient alors la Gaule relativement au mariage des enfants, de se reporter aux détails que nous avons donnés sur le dernier état du droit romain.

Les institutions romaines ne paraissent pas avoir succombé immédiatement sous l'effort de la domination barbare. D'après l'opinion qui est aujourd'hui la plus accréditée, les Francs ne se montrèrent pas impitoyables pour les Gallo-Romains (2), et l'on admet généralement qu'à l'exemple des Burgondes(3) et des Visigoths (4), ils laissèrent aux vaincus l'usage de leurs lois.

(1) Ameline, *Dès nullités de mariage*, p. 123. — Ces coutumes n'eurent qu'une très faible influence sur la formation de notre droit français. Ce qui montre à quel point l'élément celtique fut étouffé en Gaule, c'est qu'on retrouve à peine dans la langue française quelques traces de cet idiome. (V. Brachet, *Grammaire française*, Introduction sur l'histoire de la langue).

(2) V. en ce sens l'abbé Dubos, *Histoire critique de l'établisse-de la monarchie franque ;* M. de Savigny, *Histoire du droit romain.*

(3) et (4) On sait que chez ces deux peuples, le principe de la personnalité des lois avait donné naissance à un double code,

Mais à côté de la législation romaine, préexistaient les différentes lois barbares, par lesquelles se trouvaient régis les vainqueurs. Ces lois contiennent fort peu de dispositions relatives au mariage; il est possible, toutefois, d'en dégager un caractère commun: la vente de la jeune fille par le père au mari. La rudesse de ce droit primitif disparut, il est vrai, sous l'influence des idées romaines, mais la différence entre les fils et les filles résista longtemps au progrès des mœurs.

Tacite nous apprend que chez les Germains, les enfants mâles parvenus à l'âge viril pouvaient abandonner la maison paternelle, pour se créer un foyer indépendant (1). Il en fut ainsi chez la plupart des peuples barbares: le fils était majeur à douze ans chez les Francs-Saliens (2), à quartorze ou quinze ans chez les Ripuaires (3), les Burgondes (4) et les Visigoths (5). A partir de cet âge, il pouvait se marier en toute indépendance (6).

La liberté de la fille souffrait, au contraire, d'importantes restrictions. La plupart des lois barbares

l'un pour les sujets barbares, l'autre pour les sujets gallo-romains. La lex romana Visigothorum, connue sous le nom de *Bréviaire d'Alaric*, date de l'an 506 ; — La lex romana Burgondiorum, souvent appelée le *Papien*, semble dater de la même époque.

(1) *De moribus Germanorum*, XIII.

(2) Lex Salica, XXVI, 1; Pardessus, *La loi salique*, p. 292 ; cf. p. 452.

(3) Lex Rip. LXXXI; Walter, *Corpus juris germanici*, T. I, p. 191.

(4) Lex Burgond. LXXXVII; Pertz, *Leges*, T. III, p. 569.

(5) Lex Visigoth. II, v. 11; Canciani, *Barbarorum leges antiquæ*, T. IV, p. 84.

(6) Glasson, *Hist. du droit*, T. III, p. 18.

prononçaient des peines considérables pour cette époque, contre ceux qui prenaient une épouse au mépris de la volonté de son père. En pareil cas, la loi des Burgondes déclarait déchue de tous droits à la succession paternelle la jeune fille d'origine romaine; si elle était d'origine barbare, son mari devait payer le triple du *nuptiale pretium* (1).

Dans les pays du Nord, on ne se bornait pas à prononcer des peines contre les époux délinquants; on proclamait aussi la nullité du mariage.

Il en était ainsi chez les Germains, où la femme se trouvait soumise à une tutelle perpétuelle. Après la mort de son père, elle passait sous le *mundium* de son plus proche parent, à qui était ainsi dévolu le droit de consentir au mariage (2).

D'après la loi des Alamans, le père pouvait réclamer sa fille à quiconque la lui avait prise sans son consentement, et exiger en outre une composition de quarante sous d'or (3).

Enfin chez les Francs, la loi salique reconnaissait également au père le droit de faire annuler l'union contractée sans son assentiment (4). Il est même à noter que chez ce peuple, le droit pour le père de disposer de sa fille a conservé très longtemps l'empreinte de sa rigueur primitive. De bonne heure, sans doute, l'achat réel de la femme disparut, mais

(1) XII, 4 et 5; Pertz, *Leges*, T. III, p. 538.

(2) Glasson, *Histoire du droit et desinstit. de la France*, t. II, pp. 43 et 45.

(3) Lex Alamanorum, Liv. 1; Pertz, *Leges*, t. III, p. 62

(4) Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, IX, 33; éd. Guadet et Tarane, t. II, p. 178, cf. Pardessus, *La loi salique*, p. 66; Glasson, *Hist. du droit*, t. III, p. 19.

le législateur ne sacrifia qu'à demi cette ancienne coutume : on ne vendit plus la femme elle-même, mais on mit à prix le *mundium*, c'est-à-dire le droit de protection sur la femme, et cette vente fictive demeura, avec la tradition qui l'accompagnait, la cérémonie essentielle destinée à constater le lien conjugal (1).

A la fin du Ve siècle, un événement se produisit, qui devait avoir son contre-coup dans la législation du mariage. Le roi des Francs-Saliens, Clovis, fidèle au serment prêté dans les plaines de Tolbiac, reçut le baptême avec trois mille de ses guerriers. Il n'en fallut pas davantage pour amener la consécration officielle de la juridiction que l'Eglise avait exercée jusque-là sur les consciences.

Depuis l'origine du christianisme, l'Eglise légiférait et jugeait en matière de mariage. Assurément cette double prérogative n'avait aucune valeur officielle, mais elle était admise pour tous ceux qui s'honoraient du nom de chrétien (2). Les parties se faisaient un devoir de conscience, d'une part, de ne point transgresser les lois ecclésiastiques, et d'autre part, de porter leurs différends devant l'évêque. Il y avait ainsi, à côté de la législation et de la juridiction officielles, une législation et une juridiction officieuses. Ce dualisme, qui fonctionnait au sein de l'Empire romain, se retrouve avec les mêmes caractères dans la société mérovingienne.

Mais il paraît bien difficile que deux législations puissent subsister ainsi côte à côte, sans se heurter

(1) Beaune, *Droit coutum. français, condit. des personnes*, p. 483.

(2) Voy. Viollet, *op. cit.*, p. 334.

et se détruire. Ce ne fut cependant point un choc qui amena l'anéantissement de l'une d'elles. Il se fit entre la législation civile et la législation canonique, un rapprochement insensible, qui devait aboutir à une fusion complète. L'évolution pouvait se produire dans un sens ou dans l'autre, suivant les tendances du pouvoir civil. A Rome, l'avènement des empereurs chrétiens, chez nous, la conversion en masse de la nation franque précipitèrent le triomphe de la doctrine ecclésiastique.

Sous l'influence de cette doctrine, le droit franc subit une métamorphose, et le défaut de consentement du père finit par devenir un simple empêchement prohibitif. Une formule du VIIIe siècle fait allusion, dans les termes les plus clairs, à cette influence de l'Eglise. Un mari adresse à sa femme ces curieuses paroles : « Dum et te sine voluntate » parentum tuorum rapto scelere in meo sociavi » conjugio, unde vitæ periculum incurrere debui, » sed intervenientes sacerdotés *(sic)* vel bonis » hominibus vitam obtinui (1). » Un certain nombre d'autres textes renferment des déclarations analogues (2). Il ne faut donc pas s'étonner que le clergé, par sa médiation persévérante, ait pu amener à la longue une modification du droit (3).

Au Xe siècle, cette évolution est enfin terminée. L'Eglise exerce un pouvoir souverain et incontesté sur la législation et la juridiction du mariage (4).

(1) E. de Rozière, *Recueil général des formules*, t. I, p. 290.

(2) *Ibid.*, pp. 291 et suiv.

(3) Bouly de Lesdain, *Des nullités de mariage* (Thèse), p. 127.

(4) En matière de juridiction, la prépondérance de l'Eglise s'était établie, nous l'avons vu, dès le VIe siècle.

Ses lois seules en déterminent les conditions ; ses tribunaux seuls en apprécient la validité ; la puissance séculière s'est désintéressée de cette partie de la législation (1).

Cette prépondérance de l'Eglise lui fut assurée pendant plus de six siècles : il s'ensuit que pendant le même temps, le consentement des parents ne fut point indispensable à la validité du mariage. Cette règle, d'ailleurs, ne paraît pas avoir soulevé, à cette époque, de sérieuses récriminations (2). L'Eglise, en effet, tout en proclamant la validité des mariages contractés sans le consentement des parents, faisait aux fidèles un impérieux devoir de l'obtenir. Cette prescription et les peines spirituelles qui l'accompagnaient, suffisaient pour empêcher les enfants de se soustraire à l'obligation de conscience qui pesait sur eux. Mais peu à peu le relâchement des mœurs amena l'affaiblissement des idées religieuses, et le jour vint où la crainte des censures ecclésiastiques fut impuissante à faire respecter l'autorité paternelle. Ce jour-là, le pouvoir civil crut devoir intervenir, et dans un édit du mois de février 1556, le roi Henri II jeta les bases d'une théorie nouvelle, qui devait causer dans le monde des théologiens et des juristes, une véritable révolution.

(1) V. Duguit, *Op. cit., passim.*

(2) Les plaintes avaient alors un caractère plus général ; on attaquait surtout la règle qui reconnaissait la validité des mariages *clandestins*. Le quatrième concile de Latran exigea les publications de mariage, sans en faire, d'ailleurs, une condition de *validité* (can. 51). Plusieurs conciles provinciaux essayèrent d'empêcher les mariages clandestins, sans exiger cependant la publicité et la présence du curé comme conditions *essentielles :* Conciles d'Angers, 1270, can. 3 (Mémoires du clergé, t. V, p. 646) ; — de Narbonne, 1374, can. 22 (Labbe, t. XI, p. 2508) ; — de Paris, 1429, can. 32 (Labbe, t. XII, p. 402) ; — V. Duguit, *loc. cit.*

CHAPITRE III

Edit de Henri II, de 1556

L'Edit de Henri II marque une date solennelle dans l'histoire des rapports de l'Eglise et de l'Etat en matière de mariage. Il ne crée pas, à vrai dire, un empêchement nouveau; nous verrons, en effet, que, sans toucher à la validité des mariages contractés malgré la volonté des parents, il se borne à les considérer en quelque sorte comme des délits et à les frapper d'une pénalité sévère. Mais il est le premier acte législatif relatif au mariage, émanant du pouvoir royal français. L'Eglise avait jusqu'alors exercé le droit exclusif de légiférer sur le mariage : en 1556, le roi de France émet une prétention rivale et affirme son droit de créer des empêchements non reconnus par la discipline ecclésiastique. Un conflit va s'élever ainsi entre le pouvoir séculier et la puissance spirituelle, en même temps qu'une ère nouvelle va s'ouvrir dans la législation du mariage.

L'importance de l'édit de 1556 est donc capitale; en voici la teneur :

« Henry, par la grâce de Dieu, roy de France : à » tous présens et à venir, salut. Comme sur la » plainte à nous faite des mariages, qui journelle- » ment par une volonté charnelle, indiscrète et » désordonnée, se contractaient en notre royaume

» par les enfants de famille, au déçu et contre le » vouloir et consentement de leurs père et mère, » n'ayant aucunement devant les yeux la crainte de » Dieu, l'honneur, révérence et obéissance qu'ils » doivent en tout et partout à leursdits parents, » lesquels reçoivent très grand regret, ennuy et » déplaisir desdits mariages, nous eussions (long- » temps à) conclu et arresté sur ce faire une bonne » loy et ordonnance, par le moyen de laquelle ceux » qui pour la crainte de Dieu, l'honneur et révé- » rence paternelle et maternelle, ne seraient détour- » nés et retirés de mal faire, fussent par la sévérité » de la peine temporelle, révoquez et arrêtez. Tou- » tefois, pour ce que notre intention n'a été encore » exécutée, nous avons connu par évidence de fait, » que ce mal invétéré pullule et accroît de jour à » autre, et pourra augmenter, si promptement n'y » est pas par nous pourveu.

» Pour ces causes, et autres bonnes et fortes » considérations à ce nous mouvans, par avis et » délibérations de notre conseil, auquel assistaient » aucuns princes de notre sang, et autres grands et » notables personnages, pour notre regard, et en » tant qu'en nous est exécutant le vouloir et » commandement de Dieu, avons dit, statué et » ordonné, disons, statuons et ordonnons par édit, » statut et ordonnance perpétuels et irrévocables :

» Que les enfants de famille ayant contracté, et qui » contracteront ci-après mariages clandestins (1),

(1) Observons, une fois pour toutes, que l'expression *mariage clandestin* appliquée à notre hypothèse n'est pas exacte. On appelait, à proprement parler, *mariages clandestins* les mariages contractés sans publicité. — V. supra, p. 155, note 2.

» contre le gré, vouloir et consentement, et au déçu » de leurs pères et mères, puissent pour telle irré- » vérence et ingratitude, mépris et contemnements » de leursdits pères et mères, transgressions de la » loy et commandement de Dieu, et offense contre le » droit de l'honnêteté publique, inséparable d'avec » l'utilité, être par leursdits pères et mères, et » chacun d'eux, exhérédez et exclus de leurs suc- » cessions, sans espérance de pouvoir quereller » l'exhérédation, qui ainsi aura esté faite.

» Puissent aussi lesdits pères et mères, pour les » causes que dessus, révoquer toutes et chacunes les » donations et avantages qu'ils auraient faits à leurs » enfants. Voulons aussi, et nous plaist, que lesdits » enfants, qui ainsi seront *illicitement* conjoints par » mariages, soient déclarés audit cas d'exhéréda- » tion, et les déclarons incapables de tous avantages, » profits et émoluments qu'ils pourraient prétendre » par le moyen des conventions apposées ès con- » tracts de mariages, ou par le bénéfice des coutumes » et lois de nostre royaume, du bénéfice desquelles » les avons privez et déboutez, privons et dé- » boutons par ces présentes, comme ne pouvans » implorer le bénéfice des lois et coutumes, eux » qui ont commis contre la loy de Dieu et des » hommes.

» Et d'abondant avons ordonné et ordonnons, que » lesdits enfans conjoints par la manière que dessus, » et ceux qui auront traité tels mariages avec eux, » et donné conseil et aide pour la consommation » d'iceux soient sujets à telles peines qui seront » avisées, selon l'exigence des cas, par nos juges,

» auxquels la connaissance en appartiendra, dont » nous chargeons leur honneur et conscience.

» Déclarons toutefois encore, que notre vouloir et » intention soit que cette présente ordonnance et » édit ait lieu, tant pour l'avenir que pour le passé, » d'autant qu'il y a eu la transgression de la loy et » commandement de Dieu, dont on ne se peut » couvrir d'ignorance et de tolérance, au contraire.

» Néanmoins, pour ne perturber les mariages » qui sont en repos, et ne donner occasion à nos » sujets d'entrer en grosses querelles et différens, » n'entendons en ce comprendre les mariages qui » auront été consommez avant la publication de » ces présentes, par cohabitation charnelle; mais » seulement les mariages esquels on prétendait seul » consentement, soit par parole de présent ou de » futur, sans qu'il y eût cohabitation ou conjonction » charnelle.

» Ne voulons aussi et n'entendons comprendre » les mariages qui auront esté et seront contractez » par les fils excédans l'âge de trente ans, et les » filles ayant vingt-cinq ans passés et accomplis, » pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir » l'avis et conseil de leursdits pères et pères. Ce » que nous voulons aussi estre gardé pour le regard » des mères qui se remarient, desquelles suffira » requérir leur conseil et avis, et ne seront lesdits » enfans audit cas, tenus d'attendre leur consen- » tement. »

» Si donnons en mandement à nos amez et féaux...

» Par le roy estant en son conseil... »

Il ne faudrait pas croire qu'une décision de cette importance fût l'expression de la seule volonté royale. Depuis longtemps elle était réclamée par l'état des esprits. Les graves abus produits par la liberté que la législation canonique laissait aux enfants, avaient provoqué dans l'opinion publique une réaction assez vive en faveur de l'autorité paternelle. Ce mouvement fut, d'ailleurs, précipité par deux causes : le *romanisme* et la *réforme* (1).

Le droit romain, longtemps délaissé, retrouvait, au XVIe siècle, son ancien éclat et s'imposait à tous comme l'idéal juridique. Cette renaissance mit en lumière les antiques prérogatives de la *patria potestas* et dut inspirer aux jurisconsultes le désir de relever le prestige d'une institution singulièrement affaiblie (2).

Quant à la réforme religieuse, cet autre grand fait qui domine toute l'histoire de la pensée au XVIe siècle, nulle partie du droit ne s'était ressentie plus directement de son influence que la théorie du mariage. Luther avait rompu avec toutes les traditions catholiques, pour enseigner que le mariage n'était pas un sacrement : il fut logique en abandonnant les règles du droit canonique qui s'y rattachaient

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 605.

(2) On ne saurait nier cette influence du droit romain, lorsque l'on voit certaines coutumes locales du midi de la France consacrer la nécessité du consentement paternel, en dépit de la règle contraire formulée par le droit canonique. M. Duguit cite la coutume de Labourt, rédigée en 1514, celles de Sôle et de Bordeaux, en 1520, enfin celle de Limoges, en 1551. On trouve dans cette dernière un article 53 ainsi conçu : « Consuetudo est in dicto castro quia nemo debet cum filia alterius sponsalia vel matrimonia contrahere sine voluntate et licentia patris ipsius filiæ. »

et en exigeant, contrairement aux prescriptions de l'Eglise, le consentement des parents pour le mariage des enfants. Quelques années après, Calvin prononçait les plus violents anathèmes contre la doctrine ecclésiastique, qu'il appelait « *partim in Deum manifeste impia, partim in homines iniquissima* (1). » Beaucoup de jurisconsultes (2) ne tardèrent pas à s'associer à ce mouvement de la réforme, et grâce à l'appui de leur autorité, la nouvelle doctrine parvint à s'insinuer jusque dans la jurisprudence. Le 26 mars 1554, le parlement de Paris interdit, en effet, à toute personne de se marier sans le consentement de ses père et mère ou de son tuteur, « sous peine d'estre privez des profits matrimoniaux, et punition corporelle, s'il y est eschet (3). »

Il ne restait plus qu'un pas à faire : il incombait à l'autorité législative. Le roi Henri II trouva dans son intérêt même l'occasion d'intervenir. Nous voulons faire ici allusion au mariage de François de Montmorency, fils du grand connétable, avec Mlle de Piennes. Ce fait n'appartient pas seulement à l'histoire ; les canonistes et les jurisconsultes s'en sont occupés, et à notre tour, nous ne saurions le passer sous silence, car il met en lumière l'état de la législation et de la pratique au milieu du XVIe siècle, relativement à la nécessité du consentement des parents au mariage de leurs enfants.

Diane de France, fille naturelle de Henri II, avait été destinée à François de Montmorency. Le roi

(1) *Institution chrétienne*, Liv. IV, ch. 19.

(2) Principalement Doneau et Dumoulin.

(3) Bouchel, *Bibliothèque du droit*, T. III, p. 45.

caressait depuis longtemps ce projet d'union, mais au moment de le réaliser, il s'aperçut qu'il était trop tard. François s'était lié, dès l'âge le plus tendre, avec Jeanne de Piennes, attachée en qualité de fille d'honneur à la maison de Catherine de Médicis. La guerre interrompit bientôt le roman qu'ils avaient à peine ébauché, mais le sort qui les sépara ne réussit point à les désunir, et quand François fut de retour, le dénouement rêvé ne se fit point attendre :

« Je vous prends à femme, » disait-il à Jeanne.

« Je vous prends à mari, » répondait-elle ; et ce simple échange de paroles que personne n'avait entendues, que tous peut-être ignoraient, suffisait à créer indissolublement le lien conjugal. François de Montmorency et Jeanne de Piennes se trouvaient mariés, non seulement aux yeux de l'Eglise, mais encore aux yeux de l'Etat. Il y avait là ce que notre ancien droit, avant les ordonnances des XVIe et XVIIe siècles, appelait d'une expression impropre : fiançailles par paroles de présent, *sponsalia per verba de præsenti*. Expression impropre, disons-nous, car jusqu'au concile de Trente aux yeux de l'Eglise, et jusqu'à l'ordonnance de Blois aux yeux de l'Etat, ces fiançailles par paroles de présent ne sont pas autre chose qu'un véritable mariage. « Les paroles » de présent, dit Coquille, ont effet de mariage, en » sorte que le deuxième mariage, même avec copule » charnelle, doit être séparé (1). » En un mot, le seul

(1), Quant aux fiançailles proprement dites, on leur donnait le nom de fiançailles par paroles de futur, *sponsalia per verba de futuro*. La formule employée par les parties était celle-ci : « Je vous prendrai pour époux ; — je vous prendrai pour épouse. »

consentement des parties suffit, à cette époque, pour la perfection du mariage, pourvu, d'ailleurs, qu'elles ne tombent pas sous l'un ou l'autre des empêchements du droit canon, qui sont en même temps les empêchements reconnus par l'Etat (1). Quant au consentement des parents, à la présence du prêtre et à l'intervention d'un officier public, ce sont alors des conditions superflues.

Comme il fallait s'y attendre, l'union clandestine de François de Montmorency souleva de la part du connétable, son père, de très vives récriminations. Tous les moyens furent mis en œuvre pour arriver à la dissoudre. Les jeunes époux comparurent devant le cardinal de Lorraine, assisté de plusieurs hommes d'Eglise et de quelques notabilités de la magistrature. L'interrogatoire qu'on leur fit subir est des plus instructifs ; nous l'empruntons à M. de la Ferrière, qui a fait, dans le *Correspondant* (2), une étude très curieuse de cette mémorable affaire,

Le cardinal commença par demander à Jeanne si quelqu'un avait entendu les propos de mariage qu'elle avait échangés avec M. de Montmorency.

« Personne, » répondit-elle.

« N'y a-t-il eu entre vous et lui que de simples » paroles ? »

« Il n'y a eu que des paroles ; il ne m'a requise » d'autre chose ; je n'y eusse pas, d'ailleurs, » consenti. »

(1) V. Beauchet, *Les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français.*

(2) 10 Août 1885

« N'en avez-vous rien avoué à père, mère, frère, » sœur ou autre personne ? »

« Non, jamais. »

« Vous deviez savoir que votre prétendu mariage » n'était qu'un mariage clandestin, défendu par » l'Eglise. »

« Je l'ignorais. »

« Mais enfin vous n'ignoriez pas que M. de » Montmorency est fils de famille, qu'il a un père, » une mère. »

« Je le savais, mais le mariage étant de Dieu, et » la cérémonie de l'Eglise, je pensais qu'il pouvait » se marier.

« Est-ce que vous ne vous rendez pas compte que » vous avez offensé Dieu, le roi et la reine ? »

« Je ne savais pas avoir offensé Dieu, mais je » reconnais avoir offensé le roi et la reine. »

Jusqu'ici toutes les questions posées n'ont rien que de très naturel. Mais le cardinal en ajoute une autre : « Voulez-vous, lui dit-il, vous en rapporter » à ce que dira M. de Montmorency? »

Nous ne saurions nous empêcher de trouver étrange cette façon de demander à l'une des parties si elle consent à s'en rapporter à l'autre. Ne semble-t-il pas que l'on ait pris soin de s'assurer d'avance le concours de François de Montmorency, heureux peut-être de sortir, au prix d'un mensonge, de la situation difficile où il s'était engagé ? Sa contenance dans l'interrogatoire qu'on lui fit subir, l'indulgence dont le tribunal fit preuve à son égard et la sévérité qu'il montra pour Jeanne de Piennes, sont des raisons qui pourraient le faire croire.

Quoiqu'il en soit, Jeanne accepta volontiers de s'en rapporter à son témoignage : « Oui, dit-elle, » avec fermeté ; je m'en rapporte à tout ce qu'il » dira. »

Elle le jugeait, avec son cœur, incapable d'une félonie.

L'enquête se continua sans désemparer, et François de Montmorency comparut à son tour. Il avoua qu'il avait fait à Jeanne une promesse de mariage ; mais quand le cardinal vint à lui dire : « Vous aviez » père et mère, vous n'aviez pas le droit de contrac- » ter mariage sans leur consentement », il répliqua dans un langage trop indécis pour être sincère : « Quand j'ai fait cette folie, je ne considérais pas » toutes ces choses ; l'âge ne le portait pas ; si j'avais » à le refaire, j'y réfléchirais davantage. »

« Qui de vous ou d'elle, reprit le cardinal, a » parlé le premier de mariage ? »

« Moi, » répondit-il.

Sur quoi le cardinal lui posa une dernière question, qui ne se rattache à la précédente ni logiquement ni même loyalement, et que M. l'abbé Vantroys ne craint pas de qualifier d'insidieuse :

« Eh bien, alors, dit-il, ce prétendu mariage » pourrait-il se rompre, si vous en aviez la » volonté ? »

François eut la faiblesse, — est-ce bien la faiblesse qu'il faut dire ? — de répondre « oui, » et la cause fut entendue. On en conclut que si des paroles de mariage avaient été prononcées, c'étaient des paroles *de futur* et non des paroles *de présent*. En d'autres termes, ce que Jeanne avait avoué naïve-

ment et sincèrement être un mariage *actuel*, devenait un simple engagement de fiançailles, c'est-à-dire la promesse pour plus tard d'un mariage qu'on pourrait ou non contracter.

Le soir même, la pauvre Jeanne était conduite au couvent des Filles-Dieu. Quant au vrai coupable, François de Montmorency, il partait pour Rome, suivant les conseils du connétable. « Celui-ci, dit » Brantôme, s'avisa de lui faire changer d'air, pour » voir si en changeant d'air, il changerait de volonté » et d'opinion, trouvant faux le vers d'Horace :

» *Cœlum non animum mutant qui trans mare currunt* (1). »

Il faut bien remarquer, en effet, que la difficulté n'était qu'à demi résolue. Sans doute le mariage était réputé n'avoir pas eu lieu, mais la promesse de mariage n'en subsistait pas moins, comme l'avait avoué François de Montmorency. Or, ce serait une erreur de croire qu'on se déliait alors d'une promesse de mariage aussi facilement qu'aujourd'hui. Les fiançailles donnaient naissance à un empêchement de mariage connu sous le nom d'*empêchement d'honnêteté publique*. Cet empêchement s'opposait au mariage de l'un des fiancés avec toute personne qui n'était pas l'autre fiancé. La situation n'était cependant pas sans issue, car l'empêchement d'honnêteté publique était de ceux qui pouvaient être levés par une dispense, pourvu quelle vînt de la cour de Rome.

On s'adressa donc au saint-siège ; mais le pape Paul IV, que des raisons politiques rendaient hostile

(1) Brantôme, Edit. L. Lalanne, T. III, p. 352.

aux Montmorency (1), tardait à accorder la dispense. C'est alors que le connétable se tourna vers la chancellerie royale, où il était sûr de trouver bon accueil (2). Henri II saisit avec empressement l'occasion qui lui était offerte, et dès les premiers jours du mois de février 1556, il envoyait au parlement son *Edit sur les mariages clandestins*. Les dispositions premières en étaient très dures : incapacité pour les enfants coupables, de recueillir l'héritage de leurs père et mère, sans préjudice d'autres peines, qui pourraient être étendues à tous ceux qui auraient prêté la main à des mariages clandestins. Chose remarquable : l'édit devait avoir un effet rétroactif.

Les chambres s'assemblèrent le 4 février, pour délibérer. Le principe même de l'édit fut admis sans contestation; mais le parlement crut devoir exercer son droit de remontrance relativement à quelques points importants : il mit à l'enregistrement de l'édit les conditions suivantes :

1° L'édit n'aurait d'effet que pour l'avenir.

2° Les fils, à l'âge de trente ans, les filles, à l'âge de vingt-cinq ans, ne seraient plus tenus d'obtenir le consentement de leurs parents, mais seulement de leur demander conseil.

3° Enfin le consentement de la mère ne serait jamais requis du vivant du père ; et il ne le serait pas davantage après la mort du père, dans le cas où la mère viendrait à se remarier.

(1) Telle est, du moins, l'opinion de Laplace; *De l'état de la religion*, p. 3.

(2) Le garde des sceaux Bertrand, alors en fonctions, était le protégé de sa famille

Sur les deux derniers points, le roi fit droit, nous le savons déjà par le texte de l'édit, aux réclamations qui lui étaient présentées. Sur le premier point, au contraire, il ne fit qu'une demi-concession ; et ceci suffirait à prouver à ceux qui auraient pu en douter, que l'édit de 1556 était surtout une loi de circonstance, destinée à servir des ambitions personnelles. Sans la rétroactivité, l'édit manquait son but, car l'union de François de Montmorency et de Jeanne de Piennes demeurait irréprochable. Il fallait une loi qui remontât dans le passé, pour atteindre le fait accompli. Toutefois, nous avons vu que ce mariage n'avait pas été consommé : « Il y a eu entre nous que des paroles, disait Jeanne, dans son interrogatoire. » Il n'était donc pas nécessaire de donner à l'édit un caractère de rétroactivité absolue ; il suffisait qu'il atteignît les mariages *non consommés*. Henri II le comprit et fit, dans cette mesure, une concession au parlement. Celui-ci accepta la transaction, et l'édit fut définitivement enregistré le 1er mars 1556 (1).

(1) Deux mois après, le mariage de François de Montmorency et de Diane de France était célébré en grande pompe. La dispense de Rome n'était pas venue, mais on y avait suppléé par une comédie. François, revenant sur ses précédents aveux, prétendit que les propos échangés avec Jeanne n'avaient même pas l'importance d'une promesse de mariage, attendu qu'il avait fait une restriction mentale et n'avait donné sa parole que sous réserve du consentement paternel. Le roi et le connétable se contentèrent de cette explication, et le Parlement déclara nul le premier mariage. — François de Montmorency se condamna lui-même plus tard en sollicitant du pape Pie IV l'absolution de sa faute.

Quant à Jeanne de Piennes, elle épousa un gentilhomme du nom de d'Alluye. Voici, à titre de document, le congé que la fière jeune fille signifia à Montmorency : « Puisque M. de Montmorency me » quitte maintenant des promesses qu'il m'a faites, s'il était fils » de roi ou prince, je ne le voudrais épouser et l'en quitte. » (Voy. Vantroys, *op. cit.*, p. 200).

Nous connaissons maintenant le texte de l'édit, les causes qui l'ont préparé, la circonstance qui l'a fait naître : il nous reste, pour épuiser cette matière, à dire quelques mots de ses effets.

Un point certain, c'est que ni dans son texte, ni dans son esprit, l'édit de 1556 ne prononce la nullité du mariage contracté au mépris de ses prohibitions.

Le texte est formel : il ne dit pas que les époux seront invalidement, mais *illicitement* conjoints. Les motifs donnés par le roi ne sont pas moins explicites. Ce qu'il a voulu, nous dit-il, c'est « faire » une bonne loy et ordonnance, par le moyen de » laquelle ceux qui pour la crainte de Dieu, l'hon- » neur et révérence paternelle et maternelle, ne » seraient détournés et retirés de mal faire, *fussent* » *par la sévérité de la peine temporelle, révoquez et* » *arrêtez.* » Rien n'est plus clair : on a voulu frapper d'une peine temporelle ceux que les censures ecclésiastiques ne suffisaient plus à maintenir dans le devoir ; quant à la validité du mariage, elle n'est pas en question et demeure incontestable.

Dira-t-on que le texte de la loi ne répond pas à son esprit? Quelques auteurs ont été assez hardis pour le soutenir. C'est notamment l'avis de Coras, conseiller au parlement de Toulouse : d'après lui, l'édit de 1556 consacre la nullité du mariage des enfants de famille, au cas où le consentement paternel fait défaut. « Ses rédacteurs ont voulu » introduire une innovation ; ils n'auraient rien fait » s'ils ne l'avaient pas sanctionnée par la nullité ; » la paix des familles, les bonnes mœurs exigent,

» d'ailleurs, qu'il en soit ainsi (1). » Il ne faut pas s'étonner de voir Dumoulin suivre les mêmes errements, car dès avant l'édit de 1556, il enseignait la même doctrine et se prononçait alors déjà pour la nullité du mariage. Empressons-nous d'ajouter que c'est là une opinion isolée, qui reflète plutôt le désir de quelques jurisconsultes que la réalité de la législation.

Pour bien pénétrer l'esprit de la loi, il n'est de meilleur guide que celui qui l'a faite. Interrogeons donc Etienne Pasquier, l'un de ces « *grands et notables personnages* » aux lumières desquels Henri II nous apprend qu'il fit appel pour la préparation de son édit. Rien n'est plus curieux que de lire ses lamentations sur cet édit, qu'il considère comme une demi-mesure, incapable, selon lui, de donner satisfaction à l'opinion publique. Il regrette profondément que le roi n'ait pas été assez loin, et que « par une ordonnance faicte du commun consente-» ment de l'Eglise gallicane, on n'eût déclaré tous » mariages des enfants nuls, ès quels il n'y aurait » que les simples paroles de présent, sans l'autorité » et consentement des père et mère (2). »

La plupart des autres commentateurs, et ils sont nombreux (3), qui ont écrit sur l'édit de 1556, reconnaissent également qu'il ne touche pas à la validité du mariage et qu'il n'a d'autre sanction que des pénalités ou des déchéances.

(1) Cité par Duguit, p. 608.

(2) Cité par Bouly de Lesdain, *Des nullités de mariage*, p. 134.

(3) V. Duguit, *op. cit.*, p. 608.

Ces peines sont au nombre de quatre :

1° L'*exhérédation*. Elle n'est point, d'ailleurs, encourue de plein droit, comme une conséquence inéluctable de la violation de l'édit; c'est une simple faculté laissée au libre arbitre des pères et mères lésés dans le respect qui leur est dû.

2° La *révocation des donations*. Ici encore, les pères et mères donateurs apprécient souverainement la gravité de la faute commise et la sanction qu'elle mérite.

3° La *privation des effets civils et avantages résultant du contrat de mariage*. Cette déchéance n'est encourue qu'au cas d'exhérédation; il en résulte qu'elle est subordonnée, comme les deux autres, à l'appréciation paternelle. Mais le législateur sachant combien est faible le cœur des pères, n'a pas voulu que, par un excès d'indulgence, ils pussent inconsciemment porter atteinte à leur propre dignité ; c'est pourquoi l'édit ajoute :

4° Des *peines arbitraires, « laissées à l'honneur et à » la conscience des juges.* » Cette dernière sanction frappe non seulement les enfants qui ont contracté les mariages illicites, mais encore « ceux qui ont » traité tels mariages avec eux et donné conseil et » aide pour la consommation d'iceux. » La première partie de cette formule vise la personne majeure quant au mariage, qui s'est unie à un enfant mineur; la seconde embrasse particulièrement le prêtre qui a béni l'union des époux, le notaire qui a dressé leur contrat, et généralement tous ceux qui ont participé au mariage, de quelque manière que ce soit.

« Les peines seront avisées, suivant l'exigence » des cas, par *nos juges,* auxquels la connaissance » en appartiendra. » C'est donc aux cours de parlement, aux baillis, aux sénéchaux, en un mot à toutes les juridictions civiles, qu'appartiendra le soin de tirer les conséquences et d'appliquer les peines résultant de l'inobservation de l'édit. Mais ceci n'infirme en rien le principe d'après lequel l'Eglise seule a le pouvoir de juger en matière de mariage : pour tout ce qui concerne la validité du mariage, les tribunaux ecclésiastiques seront seuls saisis. Tel est, en effet, le droit commun de cette époque.

Remarquons, en fermant ce chapitre, que ni dans l'édit de 1556, ni dans les commentaires auxquels il a donné lieu, il n'est question du rapt de séduction. Si certains jurisconsultes veulent annuler le mariage contracté sans le consentement des parents, c'est uniquement sur ce défaut de consentement qu'ils fondent la nullité. Nul ne songe à imaginer des détours pour arriver à ce résultat; la théorie du *Raptus in parentes* n'a point encore fait son apparition.

CHAPITRE IV

Concile de Trente, de 1563

L'édit de 1556 avait donné lieu à quelques difficultés d'interprétation. Dumoulin notamment soutenait, nous l'avons vu, que l'édit prononçait implicitement la nullité des mariages contractés sans le consentement des parents. Il en était résulté dans la jurisprudence une certaine indécision. A plusieurs reprises, Charles IX fut sollicité de faire cesser toutes les hésitations en déclarant que le consentement des parents était une condition essentielle à la validité du mariage. Mais un concile œcuménique s'était réuni à Trente ; il devait s'occuper de la question, et il eût été singulièrement impolitique pour le roi de France de publier une ordonnance pouvant soulever un conflit sur une question qu'allait bientôt résoudre l'assemblée générale de l'Eglise. Aussi Charles IX préféra-t-il attendre la décision du concile.

Dufour de Pibrac et Du Ferrier, ambassadeurs de France à la troisième (1) réunion de Trente,

(1) On sait que le concile de Trente traversa mille vicissitudes. Le pape Clément VII avait inutilement tenté de le convoquer. Paul III (Farnèse) qui occupa le siège pontifical de 1534 à 1549, parvint, après des efforts infructueux et de longs délais, à le réunir à Trente, en 1545. Depuis sa réunion jusqu'en 1563, date de sa séparation, le concile fut suspendu trois fois, transféré de Trente à Bologne, puis rétabli à Trente. C'est à l'époque de cette troisième réunion que se placent les débats du concile sur la question du mariage.

présentèrent, au nom du roi, une requête à l'effet de faire déclarer nuls les mariages contractés par des enfants de famille sans le consentement de leurs parents, « afin de retenir les enfants dans le devoir, » de les empêcher d'être la honte de leur famille et » de contracter des engagements dont l'unique but » était le libertinage. Mais en même temps, pour » obvier à la négligence coupable des parents qui » ne se mettaient pas en peine d'établir leurs enfants, » ils ajoutaient que l'on prescrivît un âge au-delà » duquel les enfants pourraient se marier d'eux-» mêmes, si les parents n'y avaient point encore » pourvu (1). » Les évêques de France, et à leur tête le célèbre cardinal de Lorraine, le même que nous avons rencontré dans l'affaire Montmorency-de Piennes, appuyèrent unanimement cette demande.

L'historien Pallavicini, le témoin le plus autorisé et le plus connu des débats conciliaires, nous a laissé un récit fort intéressant des discussions qui s'élevèrent au sein de l'assemblée sur cette importante question. Les uns voulaient que le concile innovât sans hésitation, en annulant impitoyablement pour l'avenir les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents. « Les autres, plus préoccupés du soin de sauvegarder l'indépendance de l'être humain dans l'accomplissement légitime de l'acte mystérieux qui assure à la fois la moralité et la perpétuité de la famille, luttaient pour le maintien des anciennes

(1) Le Plat, *Monumentorum ad historiam concilii tridentini... amplissima collectio*, t. IX, p. 166.

coutumes, dont l'esprit leur paraissait plus conforme aux idées d'affranchissement et d'égalité que le christianisme avait reçu en quelque sorte mandat de propager et de défendre. » Ce fut d'abord la première opinion qui l'emporta, et dès qu'on fut d'accord sur le principe, un projet de décret fut rédigé, qui annulait les mariages contractés par les fils avant 18 ans, par les filles avant 16 ans, sans le consentement de leurs parents (1). Cette double majorité matrimoniale ayant paru trop faible, une seconde rédaction l'éleva à 20 ans pour les fils, à 18 ans pour les filles (2). Sur ces nouvelles bases, le projet allait être adopté, quand un jésuite, le père Laisné, l'un des plus fervents défenseurs des anciennes coutumes, fit valoir en leur faveur un argument bien fait pour entraîner les suffrages de l'assemblée. On sait que le concile de Trente avait été réuni principalement pour répondre aux attaques formulées par le protestantisme contre la plupart des dogmes et des pratiques de l'Eglise. Le père Laisné mettant à profit cette circonstance, fit observer qu'en déclarant nuls les mariages contractés sans le consentement des parents, le concile paraîtrait faire une concession aux calvinistes, qui les croyaient nuls *de droit naturel et divin*. Sur cette observation, et malgré les sollicitations pressantes de la cour de France, le concile renonça définitivement à faire du défaut de consentement des parents un empêchement dirimant de mariage.

(1) Pallavicini, *Histoire du concile de Trente*, L. XXII, c. IV, éd. Migne, T. III, col. 418.

(2) *Collectio....* de Le Plat, T. VI, p. 177.

Voici en quels termes il trancha la question par son décret du 11 novembre 1563 :

« Tametsi dubitandum non est clàndestina matri-
» monia libero contrahentium consensu facta, rata
» et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea
» irrita non fecit; et proinde jure damnandi sint illi,
» ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea
» verà ac rata esse negant, quia falso affirmant
» matrimonia a filiisfamilias sine consensu paren-
» tum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel
» irrita facere posse, nihilominus sancta Dei Eccle-
» sia et justissimis causis illa semper detestata est
» atque prohibuit (1). »

En frappant ainsi d'anathème ceux qui s'écarteraient de leur doctrine, les Pères de Trente affirmaient catégoriquement la validité des mariages contractés sans le consentement des parents.

Malgré sa forme détournée, cette affirmation ne manquait ni de clarté, ni de précision, et le caractère absolu de ses termes ne semblait pas permettre d'en restreindre la portée générale. Cependant l'esprit ingénieux de nos anciens auteurs sut tirer parti des circonstances dans lesquelles avait été rendu le décret de concile. Ils se rappelèrent que les consi-

(1) Session 24, Décr. de Reformatione, cap. 1 ; Hardouin, *Conciliorum collectio,* T. XI, col. 149. — « Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins contractés du consentement libre et volontaire des parties, ne soient valides et véritables, tant que l'Eglise ne les a pas déclarés nuls ; et qu'il faille par conséquent condamner, comme le saint concile frappe d'anathème, ceux qui soutiennent faussement que les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents sont nuls, et qu'il dépend des parents d'en maintenir ou d'en effacer la nullité: la sainte Eglise néanmoins les a toujours eus en horreur et toujours défendus pour des raisons de la plus haute valeur. »

dérations invoquées par le père Laisné avaient pesé manifestement sur le résultat du vote final, et se demandèrent, avec l'idée préconçue de résoudre la question à leur avantage, quelle avait été la véritable intention du concile. N'avait-il pas simplement voulu condamner l'erreur des calvinistes, qui enseignaient que le consentement des parents est nécessaire de droit naturel et divin pour la validité du mariage de leurs enfants? Avait-il entendu, au contraire, prendre la question de plus haut, d'une façon plus universelle, et affirmer en général la liberté matrimoniale du fils de famille, sans qu'on pût restreindre l'application de son anathème à telle ou telle erreur particulière?

On devine aisément vers laquelle de ces deux solutions devaient se tourner les préférences des jurisconsultes. Si les calvinistes étaient seuls atteints par l'anathème du concile, ils demeuraient, eux, d'excellents catholiques, ce à quoi ils tenaient beaucoup, tout en défendant et en appliquant leur fameuse théorie du rapt de séduction, sur laquelle nous aurons l'occasion d'insister, et qui aboutissait en définitive à déclarer nul *à priori* tout mariage contracté par l'enfant mineur sans le consentement de ses parents. Aussi tous leurs efforts tendirent à prouver qu'il n'avait jamais été dans la pensée des Pères du concile de condamner les lois civiles qui exigeaient le consentement des parents.

C'est un avocat au parlement de Paris, Le Merre, qui paraît avoir imaginé ce moyen de rassurer la conscience des juges et peut-être aussi la sienne. Il entreprit de démontrer que le concile de Trente

avait seulement voulu « condamner l'erreur des » protestants, qui enseignent communément que » le consentement des parents est nécessaire *de* » *droit naturel et de droit divin* pour la validité des » mariages de leurs enfants, et que s'ils ne veulent » pas y consentir, ils peuvent les rendre nuls par » la seule autorité paternelle, indépendamment » des lois de l'Eglise et de l'Etat (1). »

« L'Eglise, dit-il, infaillible dans les jugements » qui regardent la foi et les mœurs, ne peut point, » au XVI[e] siècle, frapper d'anathème une règle » qu'elle a reconnue comme vraie à une certaine » époque (2). »

Ce système ne pouvait évidemment être accepté. Il n'est, en effet, contesté par personne que depuis le XIII[e] siècle, l'Eglise décidait que l'autorisation des parents n'était pas nécessaire à la validité du mariage; et les discussions des Pères du concile, comme le texte de leur décret, prouvaient que cette règle avait été maintenue. Le Merre a, d'ailleurs, si bien compris le danger d'une affirmation trop catégorique, qu'il dit lui-même dans la préface de son ouvrage : « Je ne prétends pas que toutes les raisons » que j'ai apportées soient autant de convictions » que le décret du saint concile de Trente sur les

(1) Le Merre, *Justification.....* Préface (non paginée). — Voici le titre complet de cet ouvrage : « Justification des usages de France sur le mariage des enfants de famille sans le consentement de leurs parents, où l'on fait voir que les ordonnances de nos rois ne sont point contraires aux décrets du concile de Trente, et qu'elles sont conformes aux lois ecclésiastiques et civiles qui ont été observées dans l'Eglise grecque et latine pendant les dix premiers siècles. » (Paris, 1687).

(2) *Ibid.*, p. 31.

» mariages des enfants de famille n'est point con-
» traire aux ordonnances de nos rois : si elles sont
» assez fortes pour rendre la chose *incertaine*, cela
» suffit pour le dessein que je me suis proposé. »

Néanmoins, Le Merre a fait école, et sa doctrine, reproduite par d'Aguesseau (1), par l'abbé Boileau (2), par Pothier (3), est devenue bientôt pour ainsi dire officielle parmi les jurisconsultes.

Mais tous leurs efforts pour tirer du décret du concile l'interprétation étroite que l'on sait, auraient naturellement échoué, si le pouvoir royal avait consenti à faire passer les dispositions de ce décret dans la législation civile. Pour la fortune de leurs théories, il n'en fut pas ainsi. La réception du concile de Trente en France devint, dans les conseils de la couronne, le prétexte d'interminables discussions. Après des alternatives d'empressement, d'hésitation à recevoir le concile, Catherine de Médicis finit par demander à Dumoulin le *Conseil sur le fait du concile de Trente,* « consultation où le grand jurisconsulte
» déploya, dit M. Desjardins, son érudition minu-
» tieuse, sa subtile logique, son ardeur passionnée,
» compromettante pour lui-même et pour les causes
» qu'il soutenait (4). »

Des lenteurs, des distinctions futiles remplirent la fin du XVIe et le commencement du XVIIe siècle. D'un côté, l'épiscopat ne cesse de demander au roi, aux Etats, au parlement, d'ordonner la réception

(1) Septième plaidoyer, 1691 ; *Œuvres*, t. I, p. 453.

(2) Traité des empêchements de mariage, ch. IX, n° 7.

(3) Traité du contrat de mariage, n° 321.

(4) Desjardins, *Revue critique*, 1869, p. 34.

solennelle des canons et décrets du concile ; de l'autre, les défenseurs des prérogatives royales, les juristes séculiers s'obstinent à retarder indéfiniment cette promulgation. Enfin, de guerre lasse, aux Etats généraux de 1614, la question fut tranchée de la manière suivante. François Miron, en réponse aux instances du clergé, déclara au nom du Tiers « que » pour le regard de la doctrine et de la foi, il n'y avait » bon catholique qui ne tînt pour article de foi tout » ce qui était décidé dans le saint concile, ainsi que » dans les autres, et que par conséquent nous » n'avons pas, dit-il, besoin d'autre approbation... » Ce n'est pas à nous, qui sommes laïques, d'entrer » en connaissance de cause pour ce sujet, nous con- » tentant d'en apprendre les résolutions par la » bouche de nos pasteurs, auxquels nous adhérons » très religieusement. Mais nous les supplions de » considérer qu'il est inouï que jamais on ait pro- » cédé en ce royaume à aucune publication de » concile, bien qu'œcuménique ; il n'y en a aucun » exemple dans les registres du parlement ou » ailleurs. Ainsi la vraie publication des conciles » gît en l'observance et exécution d'iceux, *comme* » *par exemple il se pratique dans beaucoup de choses* » *du concile de Trente parmi nous, sans que pour cela* » *il soit nécessaire d'en exprimer le nom* (1). »

Cette déclaration pleine de modération et de sagesse, tout en proclamant la compétence de l'Eglise en matière religieuse, n'empêchait pas que la société laïque refusât de s'associer officiellement à la réception du concile. Le pouvoir royal

(1) Recueil des cahiers, t. IV, p. 58.

refusa définitivement son concours, et le clergé français dut se résigner à recevoir le concile pour son propre compte, dans une déclaration célèbre de 1615.

Il importe cependant de remarquer que les canons du concile de Trente n'en ont pas moins formé la législation fondamentale du mariage dans notre ancien droit. Suivant le mot de Miron que nous venons de citer, « la vraie publication des conciles » gît en l'observance et exécution d'iceux ; » or, l'autorité du droit canonique était alors unanimement reconnue. « Dans la pratique, dit M. Desjardins, » le pape et le clergé n'auraient rien obtenu de plus, » si la royauté avait consenti à publier le concile, » en réservant ses droits et les libertés de l'Eglise » gallicane. En apparence, la victoire resta au » pouvoir royal et à ses magistrats ; en réalité, ce » fut au pouvoir religieux qu'elle appartînt. Peut- » être même l'eut-il plus complète, la devant à sa » propre persévérance et à un long usage, que s'il » n'avait pu se passer d'une concession formelle. » Ce ne fut pas seulement toute la doctrine définie » et la plus grande partie de la discipline établie » par le concile qu'il fit admettre ; ce fut encore son » indépendance. *Il ne put fléchir le pouvoir civil,* » *mais il put se passer de lui* (1). »

Toutefois, si le pouvoir civil n'osa point combattre la doctrine canonique par une opposition directe, qui aurait équivalu au schisme et à l'hérésie, il s'efforça de montrer combien il la désapprouvait,

(1) Desjardins, *loc. cit.*

par des mesures dont la rigueur alla parfois jusqu'à la férocité.

Les rois de France, par l'organe de leurs ambassadeurs, avaient demandé à l'Eglise une décision souveraine qui répondît à leurs vœux. L'Eglise, par l'organe du concile de Trente, leur avait fait la réponse que nous savons. A leur tour, mécontents de cette solution, nos rois firent à l'Eglise, par des lois successives, la réponse que nous allons examiner.

CHAPITRE V

Edit de Blois de Henri III, de 1579
Actes législatifs de Louis XIII, de 1629 et de 1639.

Toute la législation civile sur le mariage des enfants de famille, depuis l'édit de Henri II jusqu'à la révolution française, peut se résumer dans ces trois dates relativement rapprochées : 1579, 1629, 1639.

Nous avons consacré à l'édit de Henri II et aux circonstances qui l'ont provoqué, tous les développements que réclamait un document de cette importance, point de départ d'une véritable révolution dans la législation du mariage. Nous n'avons pas l'intention de nous étendre aussi longuement sur les ordonnances qui l'ont suivi. Il nous tarde, au contraire, en passant rapidement en revue les différentes phases de la législation, d'arriver au dernier état de notre ancien droit, à cette époque où le législateur ayant pour ainsi dire achevé son œuvre, le droit va se dépouiller pour plus d'un siècle de ses incertitudes et prendre un corps définitif dans la jurisprudence des parlements et dans la doctrine des jurisconsultes.

Quelques années après le concile de Trente, aux Etats généraux de Blois de 1576, le Tiers s'était préoccupé du mariage des enfants de famille. Sans demander expressément la nullité, il avait émis dans

ses cahiers le vœu « qu'il fût interdit aux curés de passer outre à la célébration des mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des père, mère et curateur... sous peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt. » C'est pour répondre à ces doléances, que le roi Henri III inséra dans l'ordonnance de Blois de 1579, quelques dispositions sur les mariages des enfants de famille (1).

L'article 40 de cette ordonnance, le premier qui se réfère à ces mariages, contient deux dispositions distinctes. La première, étrangère à notre sujet, ne fait que reproduire le canon du concile de Trente sur les mariages *clandestins*, c'est-à-dire contractés en dehors de toute publicité. La seconde seule se rattache directement à l'objet de notre étude. Néanmoins, il importe de les citer l'une et l'autre, pour bien faire ressortir la différence qui les sépare, au point de vue de la sanction prononcée par la loi.

« Article 40 : Pour obvier, dit le roi, aux abus » et inconvénients qui adviennent des mariages » clandestins, avons ordonné et ordonnons que » nos sujets, de quelque estat, qualité et condition

(1) Voir le texte de cette ord. dans le *Recueil des anciennes lois françaises*, d'Isambert, T. XIV, p. 391 — L'ordonnance de 1579 ne se refère pas, comme l'édit de 1556, exclusivement au mariage des enfants de famille. Elle ne contient que quatre articles sur cette matière: les art. 40 *in fine*, 41, 42 et 43. Ce n'est donc pas à proprement parler un *édit*. — Quoique ces dénominations : *édit, ordonnance,* soient indifféremment employées l'une pour l'autre, on appelle plus spécialement *ordonnance* un acte législatif qui embrasse plusieurs matières ou contient des règlements généraux ; l'*édit,* au contraire, est un règlement sur un point spécial. Enfin les actes législatifs destinés soit à interpréter les édits ou ordonnances, soit à en restreindre ou étendre les dispositions, portent le nom spécial de *déclarations :* nous en verrons une en 1639.

» qu'ils soient, ne pourront *valablement* contracter » mariages sans proclamations précédentes des » bans, faites par trois divers jours de festes, avec » intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir » dispense, sinon après la première proclamation » faite; et ce seulement pour quelque urgente et » légitime cause et à la réquisition des principaux » et plus proches parents communs des parties » contractantes. Après lesquels bans, seront épou- » sez publiquement. Et pour pouvoir témoigner de » la forme qui aura été observée ès dits mariages, » y assisteront quatre personnes dignes de foy, » pour le moins, dont sera fait registre : *le tout* » *sur les peines portées par les conciles...* »

Dans cette première partie du texte, le législateur, par ces mots : *ne pourront valablement contracter mariages*, indique très nettement la nullité des mariages clandestins. En cela le roi ne fait, d'ailleurs, que rappeler la disposition du concile de Trente, qui annule également les mariages contractés en dehors des formalités de publicité qu'il prescrit.

Mais voici maintenant la seconde partie du texte, celle qui a trait aux mariages improprement appelés clandestins, c'est-à-dire aux mariages contractés par des enfants de famille sans l'autorisation de leurs parents :

« Art. 40 *in fine :* Enjoignons, ajoute le roi, aux » curés, vicaires et autres, de s'enquérir soigneu- » sement de la qualité de ceux qui se voudront » marier. Et s'ils sont enfans de famille ou estant » en la puissance d'autrui, nous leur défendons très » étroitement de passer outre à la célébration

» desdits mariages, s'il ne leur apparaît pas du » consentement des pères, mères, tuteurs ou cura- » teurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs du* » *crime de rapt.* »

On voit la différence éclatante qui sépare cette rédaction de la première. L'injonction faite aux curés, vicaires et autres, n'est ici accompagnée d'aucune menace de nullité des mariages contractés en violation de cette injonction. Or, comme les nullités ne se présument pas, personne n'a le droit de suppléer, en pareil cas, au silence de la loi, alors surtout que le concile, sur l'autorité duquel s'appuie le législateur, a très catégoriquement affirmé la validité de pareilles unions. — Mais, objectera-t-on, Henri III n'avait pas besoin de rappeler la nullité dans la seconde hypothèse ; elle allait de soi, puisqu'il s'agit d'un *crime de rapt*, et que la nullité d'un mariage entaché de rapt ne fait pas le moindre doute, ni aux yeux de l'Eglise, ni aux yeux de l'Etat. — Ce raisonnement serait inattaquable, si nous étions en présence d'un véritable rapt ; mais il n'en est rien, car, encore une fois, les nullités ne se suppléent pas, et la loi ne dit nulle part que le mariage des mineurs sans le consentement de leurs parents constitue un véritable rapt ; elle se borne à le punir comme tel. L'emploi ou plutôt l'abus du mot *rapt* n'a donc point ici la valeur d'un argument, « à moins qu'on ne soutienne qu'il suffit de se servir à dessein du même mot, pour conclure logiquement à l'existence d'une même chose (1). »

La suite du texte vient, d'ailleurs, dissiper tous les

(1) Vantroys, *op. cit.*, p. 251.

doutes, en rappelant, pour les confirmer, les dispositions d'une ordonnance antérieure, qui admet avec la dernière évidence la validité du mariage contracté par un mineur sans le consentement de sa famille. Voici, en effet, ce que porte l'article 41 de l'ordonnance que nous étudions :

« Article 41 : Nous voulons que les ordonnances » cy-devant faites contre les enfants contractant » mariages sans le consentement de leurs pères, » mères, tuteurs et curateurs, soient gardées : » *mesmement celle qui permet, en ce cas, les* » *exhérédations.* »

Cette ordonnance qui permet les exhérédations n'est autre que l'édit de Henri II de 1556; or, nous avons vu qu'il n'y est pas question de la nullité des mariages. On ne saurait donc, sans imputer au législateur la faute lourde de s'être contredit dans deux dispositions consécutives, prétendre qu'il prononce dans l'article 40 une nullité que repousse implicitement l'article 41.

L'article 42, malgré la sévérité cruelle qu'il déploie contre les auteurs du prétendu rapt, n'infirme en rien notre solution. En voici les termes :

« Article 42 : Et *néanmoins*, voulons que ceux qui » se trouvent avoir suborné fils ou fille mineurs » de vingt-cinq ans, sous prétexte de mariage, ou » autre couleur, sans le gré, sceu, vouloir et » consentement exprès de pères, mères et de tuteurs, » *soient punis de mort, sans espérance de grâce et* » *pardon*; nonobstant tous consentements que les » dits mineurs pourraient alléguer par après, avoir » donné audit rapt, lors d'iceluy ou auparavant.

» Et pareillement seront punis extraordinairement » tous ceux qui auront participé au rapt, et qui y » auront presté conseil, confort et ayde, en aucune » manière que ce soit. »

Le mot *néanmoins* dont se sert la loi, révèle une étroite connexité entre la disposition de cet article et celle de l'article 41 qui le précède. La validité du mariage se trouve donc ici encore implicitement admise par ce renvoi à une disposition qui la consacre.

Il importe de remarquer que l'article 42 ne dit plus d'une façon générale que les violateurs de ses prescriptions seront punis comme ravisseurs. Il précise à la fois la peine, qui n'est autre que la mort, et les conditions de son application, qui enlèvent aux coupables toute espèce de grâce et de pardon. Or, telle n'était point, à cette époque, la sanction du rapt proprement dit. D'une part, le dernier concile avait considérablement adouci la rigueur exagérée des peines de la législation primitive ; d'autre part, il avait fait du rapt un empêchement temporaire : tant que la jeune fille enlevée se trouvait au pouvoir de son ravisseur, le mariage demeurait impossible ; mais dès que la liberté lui était rendue, l'empêchement dirimant disparaissait et le mariage pouvait se contracter valablement. Pourquoi donc, dans l'ordonnance de Henri III, cette pénalité exorbitante, *la mort*, que le concile ne sanctionnait pas ? Pourquoi cette déclaration inexplicable qu'il ne sera jamais fait *ni grâce ni pardon*, alors que le concile admettait la possibilité du mariage quand la jeune fille n'était plus en la puissance de son ravisseur ?

Ce sont là, dit avec raison M. Viollet, *des lois indignes d'un peuple civilisé* (1) ; et ces peines prennent un caractère de férocité tout à fait inouïe, quand on songe que l'hypothèse visée par le législateur n'est pas un rapt de séduction (2), mais le simple fait de se marier en minorité sans le consentement de ses parents. L'application rigoureuse de l'article 42, c'était la mort pour l'enfant rebelle, fatalement présumé séducteur ; c'était la peine du rapt pour les complices (3), notamment pour le prêtre qui aurait servi de principal témoin à cette union, répréhensible sans doute devant la conscience, mais d'une incontestable validité aux yeux de l'Eglise et même aux yeux de l'Etat.

Le dernier article de l'ordonnance de Blois qui se rapporte à notre matière, est ainsi conçu :

(1) *Précis de l'hist. du droit français*, p. 345.

(2) Le texte le prouve surabondamment en déclarant que la peine de mort sera encourue *nonobstant tous consentements que les mineurs pourraient alléguer par après, avoir donné audit rapt lors d'iceluy ou auparavant.* On ne peut évidemment pas dire, dans ce dernier cas, qu'il y a rapt, puisqu'il y a eu consentement précédant ou accompagnant le mariage.

(3) Le texte autoriserait à croire qu'il s'agit encore de la peine capitale, puisqu'après avoir puni de mort les principaux coupables, il ajoute que les complices seront *pareillement punis extraordinairement.* — Toutefois, voici le commentaire que nous a laissé Duret sur la fin de l'article 42 : « Les peines ordonnées contre les » ravisseurs, qui sont l'exil perpétuel avec confiscation de biens, » regardent aussi ceux qui les ont accompagnés au rapt et tous » autres qui ont presté aide et secours, ou qui ayant su leur inten- » tion, leur ont donné conseil pour réussir dans leur entreprise : » *L. unic. C. de raptu virgin; l. 1, C. si Rector provinc.* » L'*exil perpé-* » *tuel* et la *confiscation des biens*, assez singulièrement exhumés du droit romain, sont des peines déjà bien dures pour avoir participé au mariage contracté par un mineur sans l'assentiment de sa famille (V. Vantroys, p. 262).

« Article 43 : Défendons à tous tuteurs accorder » ou consentir le mariage de leurs mineurs, sinon » avec l'avis et consentement des plus proches » parents d'iceux, sur peine de punition exemplaire.»

L'hypothèse est toute différente de celles que nous avons précédemment étudiées. Il ne s'agit plus ici d'un enfant qui se marie sans le consentement de ses parents; il s'agit d'un mineur en tutelle qui a bien et dûment obtenu le consentement de son tuteur. Toutefois, comme celui-ci n'a pas pris la précaution de se munir de l'autorisation préalable de la famille, la loi prononce contre lui une pénalité sévère. Ce n'est pas ici le mineur qui souffre de l'irrégularité du consentement, c'est le tuteur, seul responsable de la faute qu'il a commise. Quant à la validité du mariage, elle n'est certainement pas en question. Le texte est d'une limpidité qui ne permet aucune discussion ; il se borne à édicter une pénalité, et à moins de la créer de toutes pièces, on ne saurait en faire sortir une nullité qu'il ne prononce pas.

Ce caractère exclusivement pénal de la disposition qui nous occupe, n'est-il pas encore une raison pour attribuer le même caractère aux dispositions qui précèdent ? Le mineur qui se marie sans l'autorisation de son tuteur et l'avis conforme de sa famille, fait un acte valide, bien que son tuteur encoure une punition exemplaire. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas où un mineur s'est marié sans l'agrément de ses parents ? Notre code n'a pas cru devoir distinguer entre les deux cas ; il les soumet à la même sanction : la nullité. Pourquoi l'ordon-

nance de Blois, qui n'annule certainement pas le mariage du mineur en tutelle, aurait-elle annulé celui du mineur soumis à la puissance paternelle? Nous convenons que cette observation serait sans valeur en présence d'un texte clair et précis; mais elle n'est point dénuée de toute logique, lorsque la loi se borne, comme dans notre hypothèse, à prononcer une peine, sans faire allusion, même à mots couverts, à la nullité du mariage.

En résumé, l'ordonnance de Blois, par un renvoi à l'édit de 1556, reproduit contre les enfants de famille toutes les peines pécuniaires prononcées par cet édit. En outre, elle attribue à cette union les caractères d'un crime capital, entraînant la mort pour ses auteurs et les peines du rapt pour ses complices. Enfin elle reconnaît par son silence la validité du mariage.

Guy Coquille, l'interprète le plus autorisé de l'ordonnance de Blois, nous apprend que la Cour ecclésiastique fit à la législation nouvelle une opposition des plus énergiques. Il est probable que cette opposition ne tarda pas à dépasser les limites d'une protestation purement platonique. Nous inclinons à croire qu'elle se traduisit bientôt, dans la pratique, par des actes de résistance des membres du clergé, enhardis peut-être par la rigueur même des pénalités, dont l'exagération est souvent une garantie qu'elles ne seront point appliquées. En effet, dès le mois de février de l'année suivante, un nouvel édit, daté de Melun, dut réitérer aux curés et vicaires la défense qui leur avait été faite par l'ordonnance de Blois. Nous n'avons pas à insister sur cet édit, qui ne fait

que rappeler les dispositions de la précédente ordonnance, et nous arrivons immédiatement aux actes législatifs de Louis XIII sur le mariage des enfants de famille (1).

On se souvient que c'est à la suite des doléances exprimées par les députés du Tiers aux Etats de Blois de 1576, que le roi Henri III avait inséré dans l'ordonnance de 1579 quelques dispositions sur le mariage. C'est dans les mêmes circonstances que Louis XIII rendit l'ordonnance de 1629, comme on peut s'en convaincre par la seule inspection de son titre, ainsi conçu : « Ordonnance sur les plaintes et doléances faites par les députés des Etats de son royaume, convoqués et assemblés en la ville de Paris en l'année 1614, et les avis donnés à Sa Majesté par les Assemblées des notables tenues à Rouen en l'année 1617 et à Paris en l'année 1629, et publiée à Paris au mois de Janvier 1629. »

Ce monument législatif, souvent appelé *Code Michaud*, du nom du chancelier Michel de Marillac qui en inspira la plupart des dispositions, ne contient pas moins de 461 articles. Hâtons-nous de dire que deux seulement sont relatifs à notre matière : les articles 39 et 169.

« Article 39 : L'ordonnance de Blois touchant les » mariages clandestins sera exactement observée ; » *et y ajoutant,* voulons que tous mariages contractés » contre la teneur de ladite ordonnance, soient dé- » clarés non validement contractés ; faisant défenses » à tous curés et autres prêtres séculiers ou réguliers,

(1) Pour le texte de l'édit de Melun, V. *Recueil* d'Isambert, T. XIV, p. 471.

» sous peine d'amende arbitraire, célébrer aucun » mariage de personnes qui ne soient de leurs pa- » roisses, sans la permission de leurs curés ou de » leur évêque diocésain, nonobstant tous privilèges » à ce contraires, et seront tenus les juges d'Eglise » juger les causes desdits mariages conformément » à cet article. »

Il résulte des expressions qui se trouvent en tête de cet article, que l'ordonnance de 1629 n'est pas, comme l'édit de Melun de 1580, un simple rappel de l'ordonnance de Blois. Elle contient, de l'aveu de son auteur, quelque chose de plus. Cette addition, qui nous est clairement indiquée par ces mots : *et y ajoutant*, n'est autre que la nullité de *tous* les mariages contractés en violation de l'ordonnance de Blois. De *tous* les mariages, disons-nous ; et nous insistons sur ce point, car c'est là que réside toute l'innovation du législateur. L'ordonnance de Blois ne consacrait pas la nullité de tous les mariages violant ses dispositions, mais seulement *d'une catégorie* de ces mariages. En étudiant cette ordonnance, nous avons, en effet, à l'exemple du texte, soigneusement distingué deux catégories de mariages :

1° *Les mariages clandestins proprement dits* (1), c'est-à-dire les mariages dépourvus de publicité. Le concile de Trente les avait déclaré nuls, et l'ordonnance de Blois avait fait passer cette nullité dans la législation civile.

Sur ce point, notre article 39 ne contient donc aucune innovation, puisqu'il se borne à reproduire une nullité qui se trouvait antérieurement consacrée.

(1) Ordonn. de Blois, art. 40 (1e partie).

2° *Les mariages improprement appelés clandestins* (1), c'est-à-dire les mariages contractés par des enfants mineurs sans le consentement de leurs parents, abstraction faite de toute circonstance aggravante, soit de violence, soit de séduction. Le concile de Trente, tout en manifestant sa profonde aversion pour de pareils mariages, en proclamait hautement la validité. Quant à l'ordonnance de Blois, elle était *muette sur la question de nullité*, encore bien qu'elle réprimât ces mariages par les peines les plus sévères, assimilant les témoins eux-mêmes aux fauteurs du crime de rapt.

Sur ce second point, l'ordonnance de 1629 contient donc une innovation radicale. Il résulte, en effet, de la généralité des termes de l'article 39, que la première conséquence de la violation de la loi sera désormais, comme dans le cas précédent, la nullité du mariage. Cette solution s'impose à quiconque ne veut pas être forcé de démentir le texte de la loi et de soutenir que Louis XIII n'a rien *ajouté* à l'ordonnance de Henri III.

Cette innovation marque une date importante dans les rapports de l'Eglise et de l'Etat en matière de mariage. Dès ce moment, le conflit entre les deux lois, civile et religieuse, prend une netteté et une précision qu'il n'avait jamais eues jusqu'alors. Le concile de Trente, en refusant de sanctionner la nullité des mariages contractés par les enfants mineurs sans la volonté de leurs parents, avait singulièrement contrarié les espérances du pouvoir civil. Respectueux des anciennes traditions, nos

(1) Ordonn. de Blois, art. 40 (2e partie).

rois n'ont point osé d'abord contredire ouvertement à cette décision du concile ; mais ils se sont dédommagés en frappant sans mesure le prêtre, principal complice de ces unions illicites. Bientôt, cédant à l'influence des jurisconsultes, qui ont déjà médité la théorie du rapt de séduction comme un moyen de battre en brèche le monopole de l'Eglise en matière de mariage, ils confondent habilement dans leurs ordonnances, l'idée de rapt avec le mépris de la puissance paternelle. Enfin, jugeant le moment opportun pour consommer une usurpation définitive, Louis XIII revendique pour le pouvoir royal un droit tout nouveau, celui de créer un empêchement dirimant non reconnu par la législation canonique. Ce n'est point encore le mariage civil, c'est-à-dire la rupture franche et complète, avec toutes ses conséquences ; mais c'est un acheminement vers cette solution radicale, par la création légale d'une hypothèse où il peut y avoir mariage aux yeux de l'Eglise, sans qu'il existe aux yeux de l'Etat.

Toutefois, il est bon de remarquer que l'intention du roi dans cette ordonnance n'était point de porter atteinte à la juridiction ecclésiastique sur le sacrement. C'est une vérité que nous tenons de lui-même. On lit, en effet, dans les *Mémoires du clergé*, que l'Episcopat français s'étant alarmé de la nouvelle doctrine, députa quelques-uns de ses membres vers Louis XIII, pour le prier de déterminer l'étendue des termes de son ordonnance. Or, le roi répondit par la bouche du grand chancelier, *qu'ils ne se rapportaient qu'aux effets civils du mariage* (1). Louis XIII

(1) *Mémoires du clergé*, Ed. 1769, t. V, p. 694.

se défendait donc d'avoir voulu toucher à l'essence même du lien matrimonial ; il n'entendait point déclarer le mariage nul comme sacrement et par rapport au for intérieur, mais seulement comme contrat et par rapport aux effets civils.

L'ordonnance de 1629 contient sur le mariage des enfants de famille une autre disposition dont voici les termes :

« Article 169 : Désirant conserver l'autorité des » pères sur leurs enfants, l'honneur et la liberté » des mariages, et la révérence due à un si saint » sacrement, et empêcher qu'à l'avenir plusieurs » familles de qualité ne soient alliées de personnes » indignes et de mœurs dissemblables, avons » renouvelé les ordonnances pour la punition du » crime de rapt. *Et ajoutant à icelles*, voulons que » tous ceux qui commettront rapt et enlèvement de » *veuves,* fils et filles, estant sous la puissance des » pères, mères, tuteurs et parents, ou entreprendront » de les suborner pour se marier, et qui auront aidé » et favorisé tels mariages, sans l'aveu et consen- » tement de leurs parents, tuteurs et autres qui les » auront en charge, soient punis comme infracteurs » des lois et perturbateurs du repos public, et sera » procédé contre eux extraordinairement *par* » *punition de mort*, et confiscation de biens, sur » iceux préalablement pris les réparations adjugées, » sans qu'il soit loisible aux juges de nos cours » souveraines et autres, de modérer la peine établie » par notre présente ordonnance... »

A première lecture, ce texte semble étranger à notre matière et paraît ne s'occuper que du rapt

proprement dit. Mais il suffit de le considérer attentivement pour s'apercevoir qu'il vise principalement, uniquement peut-être, le simple fait de se marier en minorité sans le consentement de sa famille. Deux motifs nous autorisent à le croire. C'est d'abord le but même que s'est proposé le législateur et qui a été de « *conserver l'autorité des* » *pères sur leurs enfants... et d'empêcher que plusieurs* » *familles de qualité ne soient alliées de personnes* » *indignes et de mœurs dissemblables.* » C'est ensuite et surtout la condition mise par le législateur à l'application des peines qu'il édicte. Il ne punit, en effet, ce prétendu rapt, qu'autant qu'il a été commis « *sans l'aveu et consentement des parents, tuteurs et* » *autres, qui auront les mineurs en charge.* » Qu'est-ce à dire, sinon qu'il ne s'agit pas ici d'un véritable rapt, mais d'un simple mariage contracté sans le consentement des parents ? S'il s'agissait d'un véritable enlèvement, n'est-il pas évident que les parents seraient impuissants à innocenter le ravisseur, et qu'ils ne pourraient favoriser le crime sans devenir eux-mêmes des complices ?

Cela posé, voyons quelles innovations l'article 169 apporte à la législation précédente. Qu'il ait innové, cela n'est pas douteux, car il déclare expressément *ajouter* aux anciennes ordonnances. Ces innovations sont au nombre de deux.

Notre article commence par trancher une controverse qui s'était élevée sur la portée des textes précédents. Ceux-ci ne parlaient que du mariage des fils et filles mineurs ; ils étaient muets sur les *veuves*. Comment interpréter ce silence ? La juris-

prudence, en général, les assimilait aux filles (1). C'est dans ce sens que l'ordonnance de 1629 résout la difficulté.

Une autre innovation, celle-ci plus importante, parce qu'elle accentue encore le caractère d'odieuse férocité de l'ordonnance de Blois, c'est l'assimiliation certaine, indubitable, des complices des mariages prohibés, aux principaux auteurs de ces mariages. Ce ne seront donc plus seulement ceux qui auront suborné l'enfant mineur, qui seront passibles de la peine capitale ; ce seront encore ceux qui auront aidé ou favorisé son mariage, et en premier lieu le prêtre, qui, sciemment, aura prêté le concours de son ministère.

Comme si l'article 39 ne l'avait point suffisamment affirmé, la fin de l'article 169 rappelle que les mariages contractés sans le consentement des parents sont nuls, ou plutôt, suivant l'explication du roi lui-même, dépourvus de tous effets civils. Nous croyons inutile d'en citer le texte, qui reproduit, en termes différents, la disposition de l'article 39. Notons seulement que le législateur prétend *se conformer aux saints conciles et aux constitutions canoniques*. En cela, il commet une erreur évidente, à supposer même qu'il n'ait entendu sévir que contre le rapt proprement dit, car la loi canonique était bien formelle : l'empêchement dirimant de rapt ne subsistait qu'autant que la personne ravie demeurait en la puissance de son ravisseur. Or, l'article 169 en fait un empêchement *perpétuel* et insusceptible de se couvrir de quelque manière que ce soit. Il était donc impossible

(1) Brillon, *Dictionn. des Arrêts*, V° *Mariage*, n°s 62 et 63.

de contredire plus ouvertement à la loi religieuse, sur laquelle on prétendait se régler.

L'ordonnance de 1629 ne reçut guère d'exécution. A l'occasion de quelques articles étrangers à notre matière, la plupart des parlements refusèrent de l'enregistrer, de telle sorte que cette vaste compilation connue sous le nom de *Code Michaud*, ne tarda pas à tomber en discrédit. Toutefois, les dispositions relatives au mariage étaient conformes aux vœux des parlements et au désir du roi. Malgré la sévérité farouche de ces dispositions, Louis XIII semblait attacher un tel prix à leur application rigoureuse, que, par une précaution jusqu'alors inouïe, il avait cru devoir se mettre en garde contre sa propre faiblesse. Prévoyant le cas où des lettres de faveur auraient pu lui être arrachées dans l'avenir « *par importunité ou autrement,* » il avait fait défense à ses juges d'y avoir égard (Article 169, *in fine.*) On conçoit que dans ces conditions, les dispositions tombées en désuétude ne pouvaient rester longtemps dans l'oubli. Aussi, dix ans plus tard, c'est-à-dire en 1639, Louis XIII réglementait à nouveau cette matière, dans un édit ayant pour titre : « *Déclaration portant règlement sur l'ordre qui doit être observé en la célébration des mariages, et contre ceux qui commettent le crime de rapt.* »

« L'occasion qui la fit éclore, dit Le Merre, fut le » dessein que M. de Cinq-Mars, grand écuyer de » France et favori de Louis XIII, s'était laissé » induire d'épouser clandestinement demoiselle » Marion de Lorme. Ce jeune seigneur était encore » mineur. Mme la maréchale Deffiat, sa mère, en fit

» plainte au parlement. Il y eut des informations et » des décrets contre l'accusée et ses complices, avec » défense de passer outre à la célébration du mariage; » et ce fut alors Me Brignon, avocat général, le plus » sublime génie et le plus savant homme du siècle, » qui eut ordre de la part du roy de donner cette » ordonnance (1). »

A la différence de l'ordonnance de 1629, la *déclaration* de 1639 roule tout entière sur la question du mariage ; mais, vu l'excessive longueur de ses dispositions, nous n'en citerons que les passages indispensables à l'intelligence de notre sujet (2).

Le roi nous apprend d'abord dans un long préambule, que les ordonnances antérieures ont été impuissantes à triompher de la « licence du siècle, » et que la dépravation des mœurs a toujours prévalu contre leurs saintes et salutaires dispositions. « C'est » pourquoi, dit-il, nous avons résolu d'opposer à la » fréquence de ces maux la sévérité des lois, et de » retenir par la terreur de *nouvelles peines,* ceux que » la crainte ni la révérence des lois divines et » humaines ne peuvent arrester. » Toute l'intention du législateur est dans ces lignes; il se propose d'inspirer la terreur par un surcroît de pénalités. Il suffit de lire jusqu'au bout ce préambule, pour se convaincre qu'il n'y est pas question d'autre chose. Aucune allusion n'y est faite à la nullité du mariage. Il semble même que le législateur ait voulu se défendre par anticipation de la prononcer, tant il

(1) Le Merre, *Justification*, etc...

(2) Voir le texte dans le *Recueil...* d'Isambert, T. XVI, p. 520.

met de soin à faire appel aux considérations de l'ordre religieux et à l'autorité des conciles.

Ce pressentiment que l'on éprouve à la lecture du préambule, est pleinement confirmé par la suite du texte. Il est impossible, en effet, de ne pas être frappé de ce double fait : d'une part, que la déclaration de 1639 ne prononce pas la nullité du mariage; d'autre part, qu'elle ne renvoie qu'à des ordonnances qui ne la prononcent pas davantage. Pourquoi Louis XIII, qui était l'auteur de l'ordonnance de 1629, ne fait-il pas ici mention de cette ordonnance, tandis qu'il rappelle avec soin les édits de ses prédécesseurs? Apparemment parce que cette ordonnance consacrait la nullité du mariage, et que le roi n'entendait plus aller jusque-là dans sa nouvelle déclaration. Ce dernier acte législatif de Louis XIII constitue donc, selon nous, un pas en arrière. Il faut l'attribuer sans doute aux observations présentées en 1629 par le clergé, justement ému de voir la puissance séculière, contrairement à la pratique traditionnelle, créer un empêchement dirimant non reconnu par la législation canonique.

L'article premier de la déclaration de 1639 débute en rappelant l'article 40 de l'ordonnance de Blois, qui « devra être exactement gardé. » On se souvient que l'ordonnance de 1629 contenait également pareil renvoi, mais elle déclarait en outre ajouter quelque chose à cet article 40 : elle y ajoutait, en effet, la nullité du mariage, dans un cas où l'ordonnance de Blois ne la prononçait pas. Dans la déclaration de 1639, plus d'addition, mais un renvoi pur et simple. La loi dit bien qu'elle se propose « *d'inter-*

prêter » l'article 40, et cette interprétation contient en réalité quelques additions, quelques innovations de détail, sur des points que l'ordonnance de Blois n'avait pas prévus; mais ces additions concernent uniquement, — il suffit de lire le texte pour s'en convaincre, — les mariages clandestins proprement dits, c'est-à-dire contractés sans publicité. Nous n'avons donc à retenir de notre article premier, laissant de côté cette « *interprétation* » qui ne nous intéresse pas, que le renvoi pur et simple qu'il fait à l'article 40 de l'ordonnance de Blois. Or, on se rappelle que ce dernier article consacre nettement la validité du mariage contracté par l'enfant mineur sans l'autorisation de ses parents; il faut donc admettre la même solution sous l'empire de la déclaration de 1639.

L'article 2 débute également par le rappel de certaines dispositions antérieures. Parmi ces dernières, les seules qui se rattachent à notre sujet sont l'édit de 1556 et les articles 41, 42 et 43 de l'ordonnance de Blois. Nous avons déjà fait remarquer qu'aucune de ces dispositions ne prononce la nullité du mariage; ajoutons que le rappel de l'édit de 1556, dont le caractère exclusivement pénal n'a jamais été sérieusement contesté, nous paraît surtout favorable à la thèse que nous soutenons.

On peut invoquer enfin, à l'appui de cette opinion, la différence qui existe entre la rédaction de l'article 2 dont nous venons de parler, et celle de l'article 3 dont voici les termes :

« Article 3 : Déclarons, conformément aux saints » décrets et constitutions canoniques, les mariages

» faits avec ceux qui ont ravi et enlevé des veuves, » fils et filles, de quelque âge et condition qu'ils » soient, *non valablement contractés,* sans que par » le temps, ni par le consentement des personnes » ravies, et de leurs pères, mères, tuteurs et cura- » teurs, ils puissent être confirmés, *tandis que la* » *personne ravie est en la possession du ravisseur* (1). »

Ainsi donc, dans l'article 2, le législateur s'est borné à rappeler certaines dispositions antérieures, lesquelles ne prononcent pas la nullité du mariage : il est donc vrai de dire qu'il est lui-même absolument muet sur la question de nullité. L'article 3, au contraire, qui vise le cas de rapt proprement dit, déclare le mariage *non valablement contracté.* Si le législateur prend soin de dire que le mariage est nul dans le cas d'enlèvement, c'est-à-dire dans une hypothèse où la nullité ne faisait doute pour personne, à bien plus forte raison n'aurait-il pas négligé de le dire au cas de mariage contracté par un mineur sans le consentement de ses parents, cas auquel la question pouvait faire doute, puisqu'elle avait été diversement résolue par les législations antérieures. En ne le disant pas, il a donc clairement manifesté son intention de ne point édicter la nullité du mariage.

Qu'on n'objecte pas que l'article 3, qui prononce

(1) Remarquons, en passant, que ces derniers mots donnent pour la première fois une traduction exacte de la loi religieuse. Le législateur corrige dans le présent article les dispositions de l'article 40 de l'ordonnance de Blois et de l'article 169 de l'ordonnance de 1629, qui faisaient du rapt un empêchement perpétuel, alors que cependant le concile de Trente en avait fait un empêchement temporaire, cessant le jour où la personne ravie recouvrait sa liberté.

la nullité, vise non seulement le rapt proprement dit, mais encore ce prétendu rapt qui consiste à épouser une personne mineure sans le consentement de ses parents. Le texte interdit formellement cette supposition, puisqu'il déclare ne s'occuper en aucune façon *de l'âge* de la personne ravie. Il ne peut donc s'agir ici que du rapt proprement dit, et encore seulement du rapt de violence, car si la violence est possible à tout âge, la séduction, d'après la doctrine généralement reçue, ne saurait exister qu'en minorité.

Il est donc bien entendu que la déclaration de 1639, revenant sur les dispositions radicales de l'ordonnance de 1629, ne prononce plus la nullité du mariage contracté par un mineur sans le consentement de sa famille.

En revanche, elle compense ce retour en arrière par de nouvelles sévérités. C'est ainsi qu'elle déclare déchus *ipso facto* de toutes successions en ligne directe ou collatérale qui pourraient leur échoir, de toutes libéralités qui pourraient leur être faites par testament ou par contrat de mariage, de tous avantages qui pourraient leur être attribués par les coutumes, les mineurs qui contreviendraient à ses défenses (art. 2). Nous croyons inutile d'insister sur ces pénalités, qui ne sont, après tout, que des détails, auprès de la question de la validité du lien conjugal.

Nous avons fait remarquer, en achevant l'étude de l'édit de 1556, qu'il était absolument étranger à la théorie du rapt de séduction. Si certains jurisconsultes prétendaient tirer de ce texte une nullité

qu'il ne contenait pas, ils la fondaient franchement et sans ambages sur le défaut de consentement des parents.

Nous ne ferons pas la même observation en terminant ce chapitre. On a pu voir, en effet, que depuis l'ordonnance de 1579, tous les actes législatifs relatifs au mariage des enfants de famille assimilent au rapt le défaut d'autorisation des parents, laissant aux tribunaux le soin de formuler dans leurs jugements les conséquences de cette assimilation. On n'y parle pas de rapt de séduction ; le terme est inventé dans la doctrine. Mais on n'y parle pas davantage du défaut de consentement des parents comme d'un empêchement spécial. Le législateur prend un détour ; il confond à dessein le rapt et le défaut d'autorisation, affectant, d'ailleurs, de garder le silence sur la question de nullité. Cette habile confusion, jointe à l'obscurité calculée qu'elle répandait dans les textes, devait singulièrement faciliter le développement et l'application pratique de la théorie du rapt de séduction, dont nous ne connaissons encore que le nom, mais que nous allons bientôt voir briller dans tout son éclat (1).

(1) Duguit, *Op. cit.*

CHAPITRE VI

Théorie du rapt de séduction.

Un siècle environ s'était écoulé depuis l'édit de 1556, et le conflit qu'il avait fait naître entre le pouvoir civil et la puissance ecclésiastique n'était pas près de s'éteindre. Elargi par l'ordonnance de Blois de 1579, il avait failli aboutir en 1629 à une rupture définitive. La déclaration de 1639 en avait adouci les termes, mais personne ne songeait à le supprimer. Quand nous disons personne, nous restons cependant un peu en dehors de la vérité, car il s'était formé en faveur d'une solution radicale, deux opinions diamétralement opposées, l'une soutenant la suprématie absolue de l'Eglise, l'autre luttant pour la domination exclusive de l'Etat. Pour des canonistes ultramontains ou des civilistes intransigeants, c'était assurément le moyen le plus simple de résoudre la difficulté, que de sacrifier ainsi les droits de l'une des parties en cause. Mais ces doctrines absolues avaient peu de chance de succès, car tous les efforts des deux puissances rivales tendaient à la transaction, c'est-à-dire aux concessions réciproques. Néanmoins, elles trouvèrent quelques défenseurs.

Ce fut un chanoine de Metz, Ch. Hersent, qui éleva le premier la voix en faveur de l'omnipotence ecclésiastique. Sous le pseudonyme d'*Optatus Gallus*, il publia en 1640 un opuscule très violent (1), où il soutenait que les décisions de l'Eglise avaient seules une autorité législative. « C'est un principe affirmé depuis longtemps par les représentants du pouvoir ecclésiastique, disait-il en substance, que l'Eglise seule a le droit d'établir des empêchements dirimants, et le défaut de consentement des parents n'a jamais entraîné canoniquement la nullité du mariage. Le concile de Trente a déclaré un tel mariage *ratum et verum* ; il a frappé d'anathème tous ceux qui diraient le contraire. En le déclarant nul, on se sépare donc de l'Eglise orthodoxe et on donne naissance à un véritable schisme : *multum me movet, edictum quoddam sub Regis nomine, Rege licet inscio, vulgatum, quod declarationem* (2) *vocant, quod quidem schismatis præludium quoddam, ne dicam initium, ab aliquo e Parlamentis Regio ministro conditum est* (3). Que le roi prenne donc garde, et se soumette aux décisions de l'Eglise. » Le clergé, trop politique pour attaquer violemment les décisions du pouvoir, refusa de souscrire à l'intolérance de cette doctrine. Plusieurs évêques crurent devoir protester ; quel-

(1) En voici le titre exact : *Optati Galli de cavendo schismate ad illustrissimos ac reverendissimos Ecclesiæ Gallicanæ Primates, Archiepiscopos, Episcopos, Liber Parœneticus*, MDCXL. (Opuscule très rare. — Biblioth. nation. L. d^4, 153).

(2) L'*Optatus Gallus* fut publié à l'occasion de la *déclaration* de Louis XIII de 1639.

(3) *Op. cit.*, p. 24.

ques-uns même entreprirent sa réfutation (1). Quant aux juristes, défenseurs naturels des prérogatives royales, ils ne pouvaient évidemment lui réserver bon accueil. Aussi fut-ce un *tolle* général que souleva son apparition, et dans un arrêt du 23 mars 1640, le parlement condamnait au feu cette publication anonyme.

Comme il arrive souvent en pareil cas, ce ne fut pas seulement une réfutation qui accueillit la nouvelle doctrine, mais une véritable réaction, laquelle entraîna certains jurisconsultes dans la voie d'une théorie inverse, aux antipodes de la première. Quelles que soient, dit-on, les décisions de l'Eglise, il faut savoir les sacrifier à celles du pouvoir civil. Les ordonnances des rois doivent passer, en France, avant les canons des conciles. On doit donc, conformément à l'esprit sinon à la lettre de ces ordonnances, déclarer nuls les mariages contractés par des enfants mineurs sans le consentement de leurs parents. Bientôt même la question s'élargit en se déplaçant. Ce n'est plus seulement le mariage des enfants de famille qui fait l'objet du débat, c'est l'ensemble des droits respectifs de l'Eglise et de l'Etat sur la législation du mariage. Des esprits éminents prennent à l'égard de l'Eglise cette liberté d'allure, frisant l'irrévérence, qu'un siècle plus tard affectera Montesquieu, quand il dira que « dans tous les pays et dans tous les temps, la religion s'est mêlée des mariages (2). » On va même

(1) V. *Biblioth. histor. de la France*, du P. Lelong, éd. de 1768, T. I, nos 7260 et suiv.

(2) *Esprit des lois*, L. 26, ch. 8.

jusqu'à soutenir que « l'Eglise n'a aucun pouvoir sur le mariage; que si elle établit quelques empêchements, c'est qu'elle a *usurpé* un droit qui appartient exclusivement aux princes, ou du moins qu'elle l'a exercé par pure tolérance de la puissance séculière. » C'est le théologien Launoy qui enseigne cette doctrine dans un ouvrage retentissant (1); c'est le parlement de Paris qui la consacre en 1677 dans un arrêt solennel (2).

Mais cette doctrine ne pouvait triompher parmi les théoriciens, pas plus que l'arrêt que nous venons de citer ne pouvait devenir la règle pratique de la jurisprudence. Comme la théorie précédente violait trop ouvertement les droits de l'Etat, de même celle-ci violait trop ouvertement les droits de l'Eglise. Or, nous l'avons dit, et on ne saurait assez le répéter, « dans le différend qui sépare l'Eglise et l'Etat, les » représentants du pouvoir séculier, partagés entre » leurs croyances religieuses et leur fidélité politique, » cherchent avant tout à provoquer une transac- » tion. Tous leurs efforts tendent à constituer une » théorie qui sauvegarde les prétentions de l'Eglise » et les droits de l'Etat, et donne en même temps » satisfaction aux décrets de l'une et aux ordon- » nances de l'autre. Toute doctrine qui méconnaît » les canons de l'Eglise ou viole les édits du roi est

(1) *Regia in matrimonium potestas,* dont nous avons déjà parlé.

(2) Voici à quelle occasion fut rendu cet arrêt : un certain Jacques L'Huillier avait paru mettre en doute, dans sa thèse de doctorat en théologie, le droit pour l'Etat de créer des empêchements dirimants. La thèse fut déférée au parlement, qui infligea à l'auteur un blâme sévère et en profita pour dénier à l'Eglise, dans son arrêt, tout pouvoir sur le mariage.

» condamnée à disparaître. Le concile décide que le » consentement des parents n'est pas nécessaire » pour la validité du mariage des enfants. Les lois » de l'Etat exigent, au contraire, ce consentement. » Il faut inventer un expédient pour résoudre cette » antinomie. Il faut édifier une doctrine qui respecte » ces décisions contradictoires. On y arrivera lente- » ment; et cette doctrine conciliatrice, ce sera la » théorie du rapt de séduction (1). »

Il s'agissait d'abord de se débarrasser des dispositions gênantes du concile de Trente, en prouvant qu'il ne condamnait pas les lois civiles françaises sur le mariage des enfants mineurs. Nous savons déjà par quel moyen Le Merre parvint à rassurer sur ce point la conscience des jurisconsultes : il soutint que le concile n'avait entendu frapper d'anathème que la doctrine des calvinistes, qui enseignaient que le consentement des parents était nécessaire de droit naturel et divin.

Dans le même ordre d'idées, apparut la distinction qui nous est également connue, entre le mariage sacrement et le mariage contrat. On eut vite fait de démontrer que la doctrine du concile, en lui supposant même une portée plus étendue que ne le prétendait Le Merre, ne pouvait s'appliquer qu'au mariage considéré comme sacrement et non point au mariage contrat civil. On trouve cette théorie formulée jusque dans le catéchisme du diocèse de Sens, de 1731 : « En cas que les enfants se marient » contre la défense qui leur est faite, dit l'arche- » vêque Languet, la loi donne pouvoir aux parents

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 615.

» de les déshériter, et de plus de faire casser leur » mariage par les juges royaux, *quant au contrat* » *civil et à ses effets* (1). » Ainsi le sacrement est valable, le contrat civil ne l'est pas. Ce fut une des théories les plus en vogue dans notre ancien droit, pour concilier les prétentions respectives de l'Eglise et de l'Etat.

C'était peu d'avoir établi que l'Eglise ne condamnait pas la législation des ordonnances, il fallait montrer qu'elle l'approuvait. C'est alors qu'on eut recours à la théorie du rapt de séduction. Réduite à ses termes essentiels, elle tient tout entière dans le syllogisme suivant : le défaut de consentement des parents fait présumer la séduction du mineur ; or, la séduction doit être assimilée au rapt ; donc, tout mariage contracté par un mineur sans le consentement de ses parents est entaché d'une présomption de rapt, et comme tel doit être annulé.

Et d'abord, dit-on, le mineur qui se marie sans le consentement de ses parents doit être présumé fatalement la victime d'une séduction. Ceci n'est, bien entendu, qu'une fiction, nos anciens auteurs en conviennent ; mais ils ajoutent que son but étant conforme au désir de l'Eglise, celle-ci ne saurait la désavouer. Elle procure, d'ailleurs, le bien de la société, et remplit en cela le principal caractère que l'on exige des fictions pour les autoriser ; car elles ne sont introduites, dit Ferrière dans son Dictionnaire du droit, que pour la facilité et l'avantage de la société civile. Tous les arguments apportés par l'ancien droit à l'appui de sa singulière doctrine se

(1) *Code Matrimonial*, T. II, p. 542, Paris 1760.

condensent dans cette affirmation vague et générale, dénuée de toute espèce de preuves. Il est à peine besoin de faire ressortir la fragilité d'une pareille argumentation. Sans doute il ne sera pas indifférent, pour établir qu'un mineur a été séduit, de savoir si ses parents ont consenti au mariage; mais que la recherche de ce consentement soit l'unique considération qui servira de guide pour admettre ou écarter la séduction, voilà ce que nous ne saurions accorder. Il nous paraît évident que le défaut de consentement des parents ne suffit pas pour la faire admettre; et à l'inverse, nous ne croyons pas que leur consentement serait suffisant pour la faire écarter, car il n'est pas invraisemblable que des parents puissent attenter eux-mêmes, par une pression coupable, à la liberté d'un mariage.

Après avoir essayé d'établir une corrélation nécessaire entre le défaut de consentement des parents et la séduction de l'enfant, il restait à prouver que la séduction entraînait la nullité du mariage. On y arriva de la manière suivante. Le concile de Trente avait fait du rapt un empêchement dirimant, mais il n'avait pas songé à le définir. L'imagination des jurisconsultes sut tirer de ce silence un merveilleux parti. Le rapt, dit-on, ne suppose pas nécessairement l'enlèvement d'une personne; il peut consister aussi, suivant l'expression de Thévenéau, dans un « *transport et enlèvement du bon sens.* » Supposez, dit Coquille, que par « *blandices et allèchement*, » c'est-à-dire par des promesses, des caresses, des assiduités de toute espèce, un adroit séducteur ou une courtisane habile parvienne à s'emparer de

la volonté d'un mineur et à lui arracher, à l'insu de sa famille, un consentement au mariage : ne voit-on pas dans cette hypothèse tous les caractères d'un véritable rapt ? Pourquoi *la violence* exercée sur la personne constitue-t-elle un empêchement de mariage ? Uniquement parce que la personne ravie ne saurait donner un consentement libre : cela est si vrai que le concile de Trente déclare le mariage possible, dès l'instant où la violence a cessé. Or, la même raison de décider se retrouve, plus concluante encore, dans le cas de *rapt de séduction*. Celui-ci, en effet, est beaucoup plus dangereux que le rapt de violence, car « ce dernier n'exerce son pouvoir que » sur le corps, tandis que l'autre l'exerce sur l'esprit. » Nos propres passions alors se bandent contre » nous et sont d'intelligence pour nous trahir. » L'adresse avec laquelle elles nous attaquent, » trouve en nous plus d'appas que de résistance, et » comme s'il y avait de la douceur dans cet escla- » vage, nous tendons nos mains aux fers et courons » à notre servitude (1). » Cette assimilation de la séduction à la violence n'était pas chose absolument nouvelle, et nos anciens auteurs pouvaient invoquer à l'appui de leur doctrine, certaines décisions, canoniques ou civiles, qui paraissaient la contenir. On trouve notamment dans la collection de Benoît Lévite (2), un capitulaire de Charlemagne qui consacre cette théorie ; et le concile de Troisly, tenu en 909, la reproduit en ces termes : « Hi qui *rapiunt*

(1) De Lamoignon, *Journal des Audiences*, T. III, liv. 2, chap. 2.

(2) Liv. 3, ch. 395. Notons, toutefois, que cette collection est plus ou moins suspecte.

» feminas, vel furantur *aut seducunt*, eas nullatenus » habeant uxores, quamvis eis postmodum consen- » serint, aut eas dotaverint, vel nuptialiter, cum » consensu parentum suorum, acceperint. »

Il était bien difficile de soutenir que telle était également la doctrine du concile de Trente (1); et à supposer même qu'il eût admis, à côté du rapt de violence, la possibilité d'un rapt de séduction, il n'en restait pas moins évident qu'il avait distingué, de la façon la plus nette, la question du rapt de celle du consentement des parents. Pour mieux accentuer la différence profonde qu'il voyait entre les deux cas, il avait anathématisé le ravisseur et déclaré son mariage nul, puis anathématisé celui qui soutiendrait la nullité du mariage contracté par le fils de famille sans le consentement de ses parents, et affirmé la parfaite validité d'une telle union. Cependant tous les théologiens gallicans et quelques ultramontains n'hésitèrent pas à soutenir que la simple séduction était, comme le rapt de violence, comprise dans le décret du concile. « Dans la séduction se trouvent réunies, disait-on, toutes les conditions exigées par le concile pour que le rapt constitue un empêchement : il y a un ravisseur qui se propose le mariage; il y a une personne ravie, c'est-à-dire soustraite à la garde de ses protecteurs légitimes ; enfin la personne ravie demeure en la puissance du ravisseur. On doit donc en conclure que le concile de Trente reconnaît deux espèces de rapt, et que l'un et l'autre sont, au même titre, des

(1) C'est l'opinion des meilleurs canonistes. (V. Van Espen, *Jus universum Ecclesiæ*, part. 2, sect. 1, tit. 13, ch. 11, n° 12).

empêchements dirimants de mariage (1). » Ce point essentiel étant établi, la théorie du rapt de séduction devait se développer rapidement ; car, dans la pensée des jurisconsultes, elle respectait à la fois les lois de l'Etat et les lois de l'Eglise : les lois de l'Etat, en annulant tout mariage contracté par un enfant sans le consentement de ses père et mère ; les lois de l'Eglise, en fondant cette nullité sur le rapt et non point sur le défaut de consentement. Favorisée par le législateur (2), puissamment aidée par la doctrine (3) et la jurisprudence (4), cette théorie parvint, au XVIII[e] siècle, à son complet épanouissement. A cette époque, la législation ou plutôt la jurisprudence paraît être fixée d'une façon définitive. C'est ce dernier état de notre ancien droit qu'il nous reste à étudier : il se résume dans l'application pratique de la théorie du rapt de séduction.

(1) V. Duguit, *op. cit.*, p. 617; — Il cite Gerbais. *Traité des empêchements de mariage*, p. 494 ; *Conférences ecclés. de Paris, sur le mariage*, T. II, p. 375 et 378.

(2) Les nombreuses ordonnances rendues pendant le XVII[e] siècle, sur le nombre des témoins, la publication des *bannies*, la nécessité de la présence du propre curé, n'eurent pas d'autre but que de chercher à rendre plus rares les mariages contractés par des enfants de famille sans le consentement de leurs parents. Ces unions se contractaient le plus souvent dans l'ombre ; l'un des meilleurs moyens de les enrayer était donc de s'attaquer à la clandestinité du mariage.

(3) Les auteurs des *Conférences de Paris*, rédigées en 1714, sous la direction de Mgr de Noailles, archevêque de Paris, adoptent cette doctrine ; — Gerbais la défend dans son *Traité des empêchements de mariage* ; — Pothier, dans son *Traité du contrat de mariage*, lui donne sa formule définitive.

(4) V. *Journal des Audiences*, T. V, liv. 10, ch. 11 (Procès Jambert-Pelet) ; *Confér. de Paris*, T. 2, p. 421 (Affaire Le Hardy).

CHAPITRE VII

Application pratique du rapt de séduction ou dernier état de l'ancien droit sur le mariage des enfants de famille.

Nos anciens auteurs considéraient les enfants de famille à trois âges différents : Au-dessous de vingt-cinq ans, le consentement des parents était toujours requis à peine de nullité de mariage ; de vingt-cinq à trente ans, les garçons ne pouvaient se marier sans le consentement des parents, les filles sans une sommation respectueuse, à peine d'exhérédation dans les deux cas ; enfin, au-dessus de trente ans, la sommation respectueuse suffisait aux garçons comme aux filles, pour éviter l'exhérédation.

Nous adopterons une division un peu plus générale. Jusqu'à vingt-cinq ans, le consentement des parents est absolument nécessaire à la validité du mariage ; passé cet âge, le défaut de consentement n'a plus un effet de nullité. Nous diviserons donc notre matière en deux articles, l'un réservé aux mineurs, l'autre aux majeurs de vingt-cinq ans.

I. Mineurs de vingt-cinq ans

Section I

Etendue de l'obligation imposée aux mineurs

Tout enfant de famille mineur était tenu, pour se marier, d'obtenir le consentement de certaines personnes.

Il va de soi tout d'abord que, par *enfant de famille*, nous n'entendons pas seulement, comme en droit romain, celui qui est en la puissance de son père ou d'un ascendant paternel. Ce mot désigne ici l'enfant placé sous la puissance d'un père, d'une mère, d'un tuteur, ou de toute autre personne ayant quelque autorité sur son mariage.

Nous avons dit en outre enfant *mineur*, et si nous insistons ici sur ce point, c'est pour avoir l'occasion de faire remarquer que les majorités coutumières n'étaient pas à considérer dans la matière du mariage. On sait que certaines coutumes avaient anticipé le terme ordinaire de la majorité. La coutume de Normandie, par exemple, la fixait à vingt ans ; mais Basnage prend soin de nous dire que cette liberté n'était pas pleine et entière, et souffrait une restriction pour le mariage (1). Nous avons vu, en effet, que la déclaration de 1639,

(1) Basnage, *Cout. de Normandie*, art. 369.

« dérogeant expressément aux coutumes qui per-
» mettent aux enfants de se marier après vingt
» ans, sans le consentement des pères, » avait fixé à vingt-cinq ans, pour toute l'étendue du royaume, la majorité matrimoniale.

Nous savons aussi que cette même ordonnance avait étendu aux veuves mineures la prohibition qui ne frappait expressément jusque-là que les jeunes filles.

Voyons maintenant quelles étaient les personnes dont le consentement était requis.

Il était admis par la majorité des auteurs que le consentement du père n'était pas suffisant *du vivant de la mère.* L'enfant devait obtenir également le consentement de celle-ci; car la nécessité du consentement des parents ne dérivait point comme à Rome, d'une institution politique, elle prenait son unique source dans les devoirs de respect et de déférence qui incombent aux enfants vis-à-vis des auteurs de leurs jours. « Les principes du droit
» français, disait d'Aguesseau, sont bien différents
» de ceux du droit romain, qui regardait les
» enfants comme une partie de la propriété du
» maître. Dans le droit français, le consentement du
» père est nécessaire, non parce qu'il a la puissance
» paternelle, mais parce qu'il est père ; et le consen-
» tement de la mère n'est pas moins nécessaire que
» celui du père, parce que le nom de mère n'est pas
» moins respectable que celui de père, pour ceux à
» qui elle a donné la vie (1). » C'est aussi l'opinion

(1) Réquisitoire prononcé lors de l'arrêt du 17 janvier 1722; *J. des audiences,* t. VII, liv. 5, ch. 2.

formulée par Basnage dans son commentaire sur la coutume de Normandie (1).

Un point certain, c'est que le consentement de la mère était indispensable *après la mort du père.* Toutefois, si la mère se remariait, l'enfant n'était pas tenu, suivant l'édit de 1556, d'obtenir son consentement, mais seulement de prendre son conseil. Hormis ce cas, la mère veuve succédait à tous les droits du père. C'est ainsi que par un arrêt du 28 janvier 1659, le parlement de Rouen, sur l'opposition d'une mère veuve, déclara nul le mariage de son fils mineur, et « décréta de prise de corps » le prêtre qui l'avait célébré. La seule différence que les arrêts paraissent établir entre le père et la mère, c'est que le père qui marie ses enfants n'est pas obligé de consulter ses propres parents, tandis que la mère doit prendre conseil des siens, « à cause de » la faiblesse de son sexe et de la légèreté de son » esprit (2). »

La prohibition de se marier sans le consentement des parents, limitée d'abord aux enfants en puissance (3), avait été étendue aux mineurs en tutelle (4). Encore fallait-il, outre le consentement des tuteurs, celui des plus proches parents, sans l'avis desquels lesdits tuteurs ou curateurs ne pouvaient consentir au mariage, « sous peine de punition exemplaire. » Cette nécessité du consentement

(1) Selon Rebuffe, au contraire, le consentement du père suffisait toujours. (Commentaire sur l'édit de 1556).

(2) V. les arrêts que cite Basnage, sur l'art. 369 de la Cout. de Normandie.

(3) V. l'édit de 1556.

(4) V. l'ord. de Blois de 1579.

des proches parents était formellement prescrite par l'édit de Blois de 1579 et par un édit de 1732 sur les tutelles. Aussi doit-on la considérer comme l'expression de la volonté du législateur, en dépit de certains arrêts qui auraient jugé le contraire. On trouve, en effet, sur cette matière, un véritable conflit d'arrêts, qu'il faut sans doute expliquer par la diversité des circonstances dans lesquelles ils ont été rendus. Lorsqu'il était facile de prendre l'avis des parents, rien ne s'opposait à ce que l'on suivît les ordonnances à la lettre; mais dans le cas où l'accomplissement de cette formalité eût entraîné des recherches difficiles ou des déplacements coûteux, on pouvait peut-être s'écarter de la règle commune, pour ne pas prêter au législateur l'intention d'entraver les mariages. C'est apparemment dans la première espèce, que le parlement de Bretagne a jugé le 29 août 1712 que l'avis des proches parents était nécessaire; c'est probablement dans la seconde espèce, qu'il a jugé le contraire le 22 avril 1721.

Si le mineur avait deux tuteurs, l'un *honoraire* et l'autre *onéraire*, chargé de l'administration des biens, c'était le consentement du premier que l'on exigeait. Quand il en avait deux, l'un en France et l'autre aux colonies, il devait rapporter le consentement de celui qui habitait le lieu de la résidence du père au moment du décès de celui-ci (1).

Le consentement des tuteurs ou curateurs *ad causam* n'apparaît évidemment pas comme nécessaire à la validité du mariage. Cependant cette

(1) Beaune, *Droit coutumier français, Condit. des personnes*, p. 452.

question avait, paraît-il, été discutée, car elle fut portée le 3 avril 1666 devant le parlement de Paris, qui la trancha naturellement dans le sens de la négative.

Section II

Précautions prises par le législateur pour assurer l'exécution de l'obligation imposée aux mineurs

Il ne s'agit pas ici de la sanction de l'obligation imposée aux mineurs ; ce point sera traité dans la section suivante. Les précautions dont nous voulons parler sont les moyens *préventifs* dont s'est servi le législateur pour assurer l'accomplissement des formalités par lui prescrites. Ces moyens sont principalement la *publication des bans* et *l'opposition* à la célébration du mariage. Nous passerons, d'ailleurs, très rapidement sur ces deux institutions, qui ne se rattachent qu'accessoirement à notre sujet.

§ 1. *Des bans de mariage*

L'article 40 de l'ordonnance de Blois, reproduisant une disposition du concile de Trente, décida que tout mariage devrait être précédé d'une publication de bans, « *faite par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent.* »

« Si l'on examine, dit Pothier, le principal motif

» qui a porté l'ordonnance de Blois à prescrire cette » formalité, on s'aperçoit facilement que son prin- » cipal objet a été d'empêcher les mineurs de se » marier à l'insu de leurs père et mère et contre » leur consentement. En effet, le défaut de publi- » cation des bans passe pour être de nulle considé- » ration dans le mariage des majeurs. Il n'est » même pas considéré dans le mariage des mineurs, » lorsque les père et mère ne se plaignent pas du » mariage et qu'il a été fait de leur consentement (1).»

La publication des bans consistait dans une annonce du projet de mariage, faite au prône de la messe paroissiale, avec injonction adressée aux tiers de révéler les causes d'empêchement dont ils pouvaient avoir connaissance. Cette publication était faite à haute voix et en langue vulgaire, par le curé de la paroisse, son vicaire, ou un prêtre par lui délégué. Elle devait avoir lieu dans l'église paroissiale de chacune des parties, et en outre, au cas de minorité des parties, au domicile de leurs père, mère, tuteur ou curateur. De plus, quand une partie avait changé de paroisse depuis moins de six mois, elle devait faire publier ses bans dans son ancienne paroisse; enfin, si elle avait changé de diocèse depuis moins d'un an, elle était également tenue de les faire publier dans son ancienne résidence.

Le curé n'était autorisé à publier les bans que lorsqu'on lui justifiait du consentement des parties et de celui des personnes sous la puissance desquelles

(1) *Traité du contrat de mariage*, n° 326.

elles se trouvaient, si elles étaient mineures quant au mariage.

Toute publication devait avoir lieu soit un dimanche, soit un jour férié. Il fallait, en principe, trois publications, séparées par un « intervalle compétent, » qui variait avec les diocèses. Le concile de Trente, pour faciliter le mariage *in extremis*, conclusion fréquente des unions irrégulières, permettait au besoin la dispense de toutes les publications ; mais d'après la législation civile, les évêques et leurs grands-vicaires ne pouvaient dispenser que des deux dernières publications. Encore n'était-ce que « pour quelque grande et légitime cause et sur la réquisition des principaux et plus proches parents des parties contractantes(1). » On considérait comme de justes motifs de dispense la grossesse de la fiancée et le cas où il y avait lieu de craindre une opposition malicieuse, dénuée de toute espèce de fondement (2).

L'infraction à ces différentes règles donnait ouverture à l'appel comme d'abus et entraînait des peines sévères contre les coupables.

(1) Ordonnance de Blois, art. 40.

(2) En Bourgogne, par exemple, quand une jeune fille était recherchée par un jeune homme *d'une autre paroisse,* il était d'usage que celui-ci payât aux jeunes gens du village de sa fiancée une somme d'argent, à titre d'indemnité. Refusait-il ? Ces derniers faisaient aussitôt notifier, sous des noms supposés, des oppositions au mariage, de façon qu'elles se succédassent l'une à l'autre. Le mariage était ainsi indéfiniment retardé, parce qu'il fallait recourir au juge pour obtenir mainlevée de chacune d'elles (Beaune, *Condit. des pers.*, p. 479). C'est pour éviter ces oppositions tracassières, que l'on dispensait parfois des deux dernières publications.

§ 2. *Oppositions au mariage*

La véritable utilité de la proclamation des bans était de faire naître les opositions au mariage.

Le droit de former opposition à la célébration d'un mariage appartenait : 1° à la personne qui se prétendait unie à l'un des futurs époux ; 2° aux personnes ayant quelque autorité sur eux ; 3° enfin à tous leurs parents sans exception.

Ce droit, qui était à peu près illimité quant aux personnes, était complètement illimité quant aux causes. Le prêtre devait surseoir à la célébration du mariage, du moment où il en était requis par une personne compétente, *quel que fût le motif* allégué par celle-ci pour justifier son opposition. S'il passait outre, il encourait une suspension de trois ans prononcée par l'official, sans préjudice des dommages-intérêts prononcés par le juge laïque.

L'opposition se faisait par acte judiciaire et par ministère d'huissier, entre les mains du curé qui avait publié les bans. Les curés tenaient un registre sur lequel ils transcrivaient les oppositions, ainsi que les désistements donnés par les parties ou les mainlevées prononcées par jugement. C'est au juge séculier qu'il appartenait de statuer sur les oppositions, sauf quand elles étaient fondées sur l'existence d'un mariage antérieur ou d'un contrat de fiançailles.

L'opposition au mariage d'un mineur ne pouvait être *levée* qu'après avis des parents réunis devant le juge royal. Mais le *désistement* pouvait résulter

d'une approbation tacite de la famille ; ainsi l'intervention des parents au contrat de mariage, pour y faire une donation aux futurs époux, équivalait à une mainlevée régulière.

Section III

Sanction de l'obligation imposée aux mineurs

L'obligation imposée aux mineurs d'obtenir le consentement paternel se trouvait garantie par une triple sanction.

Tout d'abord le mariage par eux contracté sans ce consentement était *déclaré nul.*

En second lieu, cette nullité étant fondée sur la présomption d'un rapt de séduction, ils étaient passibles des *peines du rapt.*

Enfin ils encouraient l'*exhérédation.*

§ 1. *Nullité du mariage*

A. — Fondement et caractères généraux de la nullité

La nullité du mariage, unanimement reconnue par la doctrine et la jurisprudence, apparaît comme la conséquence naturelle et pratique de la théorie du rapt de séduction. Le mariage n'est pas annulé pour défaut d'autorisation ; il est nul parce que le

défaut de consentement fait présumer la séduction, que la séduction doit être assimilée au rapt, et que le rapt est considéré par les lois de l'Eglise aussi bien que par les lois de l'Etat comme un empêchement dirimant. On voit quel immense progrès s'était accompli en un siècle, dans la législation du mariage. Les ordonnances royales, ajoutant aux décisions des conciles, avaient édicté des peines sévères contre les enfants qui se marieraient sans l'autorisation paternelle. La jurisprudence des parlements, ajoutant à son tour aux dispositions des ordonnances, s'était emparée d'une fiction inventée par les jurisconsultes, pour prononcer la nullité du mariage.

Toutefois, le principe qui servait de base à cette jurisprudence, devait en limiter singulièrement l'application. Du moment où l'on fondait la nullité du mariage sur la présomption d'un rapt de séduction, il fallait exiger la réunion de certaines conditions qui rendissent cette supposition vraisemblable.

La première de ces conditions, la seule même, peut-on dire, était la minorité de l'enfant. « La » séduction, dit Pothier, se présume de droit lors- » qu'un *mineur* s'est marié sans le consentement de » ses père, mère, tuteur ou curateur (1). » Il est même généralement admis par les anciens auteurs que la présomption du rapt de séduction n'a lieu que de majeur à mineur, et non lorsque les parties sont toutes deux majeures ou toutes deux mineures. Les deux parties sont-elles majeures, on présume assez de force de caractère dans l'une et

(1) *Traité du contrat de mariage,* nos 228 et 229.

dans l'autre, pour résister aux attraits de la séduction. Les deux parties sont-elles mineures, on les présume incapables des réflexions étudiées et des artifices médités que prépare et met en œuvre la séduction. Il faut donc, pour donner lieu à la présomption de rapt de séduction, que l'une des parties soit majeure et l'autre mineure. C'est naturellement la première qui est présumée la partie séductrice, et la seconde la partie séduite.

A cette règle l'ancien droit apportait quelques exceptions. Il semble bien résulter de certains arrêts que le rapt de séduction pouvait être invoqué même entre parties majeures, lorsque la subornation avait *commencé en minorité*. Basnage rapporte en ce sens un arrêt du parlement de Rouen du 30 juillet 1683, qui fit défense à un sieur Danfernet du Quesnoy, quoiqu'âgé de plus de 30 ans, de contracter mariage avec la fille d'un valet de coche, parce que la subornation était prouvée avoir commencé en minorité par un premier arrêt de défense de contracter mariage avec la même fille, que le père du sieur du Quesnoy avait obtenu lorsque celui-ci n'avait que 24 ans (1). A l'inverse, il pouvait se trouver des circonstances assez fortes pour faire présumer le rapt de séduction entre deux mineurs. C'est du moins l'avis que Joly de Fleury exprimait en 1704, devant le Parlement de Paris, et celui-ci paraît l'avoir ratifié par la cassation du mariage (2).

(1) Basnage, *cout. de Normandie*, art. 369. — V. aussi deux arrêts du 13 mars 1723 et du 10 juillet 1733, *Journal* de Poullain-Duparc, T. I, ch. 88.

(2) Arrêt du 12 avril 1704, *J. des Audiences*, T. V, liv. 4, ch. 7.

Ces exceptions ne détruisent point le principe général que nous avons posé, et que l'on peut considérer comme la véritable expression de notre ancien droit. Toutefois, quelques auteurs critiquaient cette règle, se refusant à croire qu'une fille de vingt ans ne fût pas aussi capable de suborner un jeune homme de vingt-cinq ans, que celui-ci de la séduire. L'un d'eux dit fort ingénieusement à ce sujet: « Les » lois de la bienséance ont établi que les hommes » attaquent, il est vrai, mais elles sont subordonnées » à celles de la nature, qu'ils sont forcés de subir » d'abord. Leur attaque est précédée de leur défaite ; » ils parlent les premiers, mais c'est quand ils ne » sont plus maîtres de se taire, et s'ils deviennent » quelquefois vainqueurs, c'est toujours après avoir » été vaincus (1). » C'est le cas de dire avec le chancelier d'Aguesseau, que la « subornation qui vient du sexe le plus faible est souvent la plus dangereuse (2). »

Cette distinction de majorité dans le ravisseur et de minorité dans la personne ravie n'avait pas lieu pour le rapt de violence. Il va de soi, en effet, qu'un mineur peut s'en rendre aussi bien coupable que le majeur le plus robuste, et qu'une fille majeure peut en être aussi facilement la victime que la mineure la moins expérimentée. C'était là une des différences essentielles qui séparaient le rapt de violence du rapt de séduction. Mais celui-ci avait avec le premier ce point de commun, qu'il devait avoir pour but le mariage de la personne ravie. L'enlèvement d'une

(1) Mémoire sur l'art. 497 de la *cout. de Bretagne*.

(2) Préambule de la *Déclaration* de 1730.

jeune fille *libidinis explendæ causa*, ne formait pas, suivant les lois canoniques, un empêchement dirimant. Ce n'était pas qu'on ne punît des peines les plus sévères le rapt qui avait pour unique but la jouissance illicite de la personne ravie, car le déshonneur apporté dans une famille ne devait pas moins l'affliger qu'un mariage contraire à ses vues ; mais l'Eglise faisait une distinction fondamentale entre le cas où le ravisseur n'avait eu pour but que la satisfaction d'une passion criminelle, et celui où il s'était proposé d'épouser la personne ravie. Dans le premier cas, le ravisseur pouvait, revenant sur son intention primitive, contracter un mariage valable ; dans le second cas, au contraire, le rapt par lui commis faisait obstacle à la réalisation de ses projets. Il est facile de comprendre que cette *intention matrimoniale* qui devait accompagner le rapt pour qu'il fût un empêchement de mariage, ne pouvait être exigée qu'en théorie, au cas de rapt de séduction résultant du défaut de consentement des parents. Dans la pratique, en effet, la jurisprudence qui présumait le rapt lui-même, devait naturellement présumer aussi qu'il avait eu lieu, dès le principe, *ineundi matrimonii causa* et non pas seulement *libidinis explendæ causa*. Aussi avions-nous raison de dire que la minorité de l'enfant était, à proprement parler, la seule condition nécessaire pour appliquer la théorie du rapt de séduction au mariage contracté sans l'autorisation des parents.

En résumé, la simple circonstance du défaut de consentement des parents au mariage d'un enfant mineur suffisait à faire présumer le rapt de séduc-

tion. On tenait pour certain, par une fiction en faveur de l'autorité paternelle, qu'il y avait eu une séduction de la volonté, un « *enlèvement du bon sens*, » qui ôtait au mineur le plein usage de sa liberté. C'est ce qu'on appelait le *Raptus in parentes*. Cependant, s'il n'y avait pas pour la personne séduite un désavantage réel dans ce mariage, et qu'on n'aperçût dans la résistance des parents d'autre motif que le désir de venger leur autorité méconnue, la présomption de rapt devait être mise à l'écart, parce qu'elle eût été entièrement déraisonnable. C'est apparemment ce que veut faire entendre Théveneau, lorsqu'après avoir dit que « s'il y a rapt ou défaut de consentement à cause de l'âge, par le moyen de la subornation, en ce cas les père et mère peuvent faire casser le mariage, » il ajoute : « *mais non sur le défaut seul de leur consentement.* » On trouve, d'ailleurs, un grand nombre d'arrêts qui confirment cette solution, comme nous le verrons en étudiant les exceptions à la nécessité du consentement paternel.

Les lois sur la nécessité de requérir le consentement des parents faisaient partie du *statut personnel* et suivaient les enfants de famille partout où ils se trouvaient. La présomption de rapt opérait donc la nullité du mariage contracté par un Français mineur en pays étranger, comme s'il eût été contracté en France (1). Toutefois, cette jurisprudence ne paraît dater que du XVIII[e] siècle ; les arrêts antérieurs semblent considérer les lois rela-

(1) D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, 3[e] part., ch. 5, art. 11, n° 74.

tives au mariage des enfants mineurs comme se rattachant au *statut réel* (1).

B. — Action en nullité

On sait que pendant très longtemps les tribunaux ecclésiastiques furent seuls compétents pour connaître des questions de mariage, mais qu'à partir du XVI[e] siècle, les officialités perdirent peu à peu le monopole de la juridiction matrimoniale. Dans le dernier état du droit, deux voies était ouvertes pour se pourvoir en cassation (2) d'un mariage contracté en violation des lois. Les parties pouvaient, à leur choix, porter leur demande devant l'official, c'est-à-dire devant le vicaire délégué par l'évêque pour exercer la juridiction contentieuse, ou saisir, par la voie de l'appel comme d'abus, la grand'chambre des parlements. Toutefois, on ne pouvait plaider devant l'official que le *fœdus matrimonii;* les intérêts temporels échappaient à sa compétence (3). Hâtons-nous d'ajouter que la jurisprudence lui refusait en outre le droit de connaître de certaines demandes, notamment de celles fondées sur le défaut de consentement des parents (4). Une seule voie était

(1) Paris, 26 mars 1624, *J. des Audiences* t. I, p. 21; Aix, 11 juin 1662, Boniface, *Arrêts notables de la cour du parlement de Provence*, t. I, p. 316.

(2) C'était le terme alors usité.

(3) Fevret, *Traité de l'abus*, liv. 5, chap. 2, nom. 23.

(4) Claude Le Prestre, dans ses *Questions notables de droit....* cite en ce sens, d'après Fevret, plusieurs arrêts, en date des 16 juillet 1584, 14 mars 1585, 29 avril 1595, 8 janvier 1601, 31 janvier et 14 février 1628, 17 mars 1651.

donc ouverte dans notre matière : *l'appel comme d'abus* devant le parlement.

Deux genres de vices pouvaient porter atteinte à la validité d'un mariage : les uns absolus, les autres relatifs ou *respectifs*, comme on disait alors. Il y avait conséquemment deux catégories de moyens d'abus : les uns absolus, ouverts à tous intéressés, même aux parents collatéraux ; les autres relatifs, ouverts seulement aux personnes en faveur desquelles ils avaient été créés. C'est parmi les moyens relatifs qu'il faut ranger le rapt de séduction résultant du défaut de consentement des parents.

Seuls les père et mère dont le consentement n'avait pas été obtenu, pouvaient donc, en principe, demander la nullité du mariage. Cependant, il est permis de croire qu'il pouvait se trouver des circonstances assez graves pour faire admettre les collatéraux à proposer, du vivant même des père et mère, le moyen d'abus relatif résultant du défaut de consentement des parents. Par un arrêt du 17 janvier 1692, un collatéral qui prétendait exercer le droit des père et mère, fut débouté, sur les conclusions de l'avocat général d'Aguesseau ; mais on laissa entendre que dans le cas d'une alliance indigne, d'un mariage déshonorant pour la famille, les collatéraux pouvaient avec succès faire valoir ce moyen d'abus, quoique relatif (1).

Après la mort des père et mère, le droit de consentir au mariage passant au tuteur et aux autres parents, c'est à eux qu'incombait naturellement le droit de demander la nullité du mariage.

(1) *J. des Audiences*, T. IV, liv. 7, ch. 11.

Toutefois, il importe de remarquer qu'un très large pouvoir d'appréciation était alors donné aux tribunaux. Les cours n'annulaient le mariage d'un mineur en tutelle, que s'il y avait eu surprise et que le mariage était désavantageux pour le mineur, par suite de l'inégalité des conditions ou des fortunes (1).

Les parents qui pouvaient invoquer la présomption de rapt, étaient, bien entendu, ceux de la partie mineure et séduite. Les parents de la partie majeure et séductrice ne pouvaient pas plus s'en prévaloir que cette partie elle-même, pour faire prononcer la nullité du mariage (2).

Quant aux enfants mineurs, si leurs parents refusaient d'agir, ils ne pouvaient demander eux-mêmes la nullité du mariage par eux contracté au mépris de l'autorité paternelle. C'était, en effet, aux seules personnes qui avaient reçu l'offense, qu'il appartenait de s'en plaindre; on faisait aux enfants l'application du principe : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* (3).

Enfin la règle *Quod Deus conjunxit homo non separet* défendait aux parties de rompre le lien sacré du mariage par un consentement mutuel. Aussi l'acquiescement que l'une d'elles donnait à la demande, ne dispensait pas le juge d'examiner scrupuleusement les preuves de l'empêchement dirimant.

Il nous reste à dire quelques mots des fins de non-recevoir opposables à l'action en nullité. Lorsque, au moment du mariage, les parents l'avaient expres-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 336.

(2) Arrêt du 18 août 1707, *J. des Audiences*, t. V, liv. 7, ch. 16.

(3) Ferrière, *Dictionnaire du droit*, V° *Mariage des mineurs.*

sément ou même tacitement approuvé, ils étaient évidemment non recevables à en demander ensuite la nullité. Mais il faut aller plus loin et décider qu'ils ne pouvaient, *à moins de raisons nouvelles*, rétracter, lors du mariage, un consentement antérieurement donné. La jurisprudence avait établi ce principe dans l'intérêt des enfants, sans que l'on pût, d'ailleurs, l'accuser de porter atteinte à l'autorité des parents. Un arrêt du 10 mars 1654 jugea notamment qu'un *frère*, tuteur de sa sœur, ayant agréé son mariage et signé les articles du contrat, ne pouvait s'opposer ensuite à la célébration du mariage (1). Un autre arrêt du 11 août 1642, rendu dans une espèce beaucoup plus rigoureuse, décida qu'un *père*, après avoir consenti au mariage de son fils et lui avoir fait une donation dans le contrat de mariage, ne pouvait révoquer ni son consentement, ni même la donation (2).

Après le mariage, l'action en nullité pouvait également se couvrir, soit par l'expiration du délai d'un an à partir du jour où les parents avaient eu connaissance du mariage, soit par une ratification expresse ou tacite. Pour citer un exemple de ratification tacite, un arrêt du mois de décembre 1672 déclara non recevable l'action d'un père qui avait accepté pour filleul l'enfant issu du mariage qu'il attaquait (3).

(1) Soëfve, t. I, cent. 4, ch. 56.

(2) Bardet, t. II, liv. 9, ch. 32.

(3) Ameline, *Des nullités de mariage*, p. 196.

§ 2. *Peines du rapt*

Les enfants mineurs mariés sans le consentement de leurs parents étaient passibles des peines du rapt. Nous croyons inutile d'insister sur ce point, puisqu'il s'agit ici du rapt envisagé comme crime public et non plus comme empêchement de mariage. Disons seulement que nos anciennes lois sévissaient contre le rapt avec la dernière énergie. Il était, pendant les derniers siècles de la monarchie, toujours puni de mort. L'ordonnance du 22 novembre 1730, rendue sur la demande des Etats de Bretagne, avait renouvelé cette peine, déjà prononcée par l'ordonnance de Blois et la déclaration de 1639. Toutefois, la pratique, plus indulgente, ne la prononçait que par coutumace ou lorsqu'il y avait des circonstances particulièrement aggravantes (1). Même en Bretagne, depuis 1730, la peine de mort pour rapt de séduction ne fut probablement jamais appliquée (2). On se contentait de la peine des galères, soit à temps, soit à perpétuité, quelquefois même de simples peines pécuniaires. La jurisprudence, toujours guidée par l'équité, tempérait ainsi la rigueur des lois, suivant les circonstances.

Ajoutons que le crime de rapt relevait de la compétence exclusive des juridictions royales. En dehors de toute plainte, les magistrats du ministère public devaient en poursuivre d'office les auteurs et les complices.

(1) Ferrière, *Dictionnaire de pratique judiciaire*, V° *Rapt*.

(2) Viollet, *Précis de l'hist. du droit français*, p. 245, note 2.

§ 3. *Exhérédation*

En abordant ce sujet, nous tenons à nous disculper du reproche que l'on pourrait nous adresser, de méconnaître l'étendue de la sanction pécuniaire que nous allons étudier. Nous n'ignorons pas qu'en présentant cette sanction sous l'aspect d'une simple exhérédation, nous nous montrons moins sévère que le texte de notre ancienne législation. L'article 2 de la déclaration de 1639 portait, en effet, que les enfants mariés sans le consentement de leurs parents seraient « *par ce seul fait,* indignes et *inca-* » *pables* à jamais des successions de leurs père, » mère, aïeuls, et de toutes autres directes et colla- » térales ; *comme aussi des droits et avantages qui* » *pourraient leur être acquis par contrat de mariage* » *et testament ou par les coutumes et lois du royaume,* » *même du droit de légitime.* » Mais il convient d'ajouter qu'ici encore la jurisprudence avait apporté de sages tempéraments à cette sévérité législative. D'une part, elle avait transformé l'incapacité successorale, déchéance encourue de plein droit, en une véritable exhérédation, déchéance laissée à l'appréciation du père, qui pouvait ou non la prononcer. D'autre part, elle avait subordonné à cette exhérédation toutes les autres déchéances pécuniaires. D'Héricourt en fait la remarque dans son *Traité des lois ecclésiastiques* (1). « Il est vrai, dit-il en substance, que l'ordonnance de 1639 déclare la peine encourue *ipso facto;* mais on prétend communément que

(1) Part. 3, ch. 5, art. 2, nom. 74.

l'exhérédation n'a lieu que quand les pères ont formellement déshérité leurs enfants; car on ne saurait présumer un si rigoureux châtiment sans un acte qui le fasse connaître. »

Il ne suffisait pas que l'exhérédation fût formelle et précise, il fallait en outre que la cause de l'exhérédation, c'est-à-dire, dans l'espèce, le défaut de consentement au mariage, fût clairement exprimée dans l'acte qui la contenait (1). Est-il besoin d'ajouter qu'elle devait être parfaitement prouvée ?

L'exhérédation ne portait pas seulement sur les biens des père et mère ; nous venons de voir qu'elle privait par contre-coup les enfants de toutes successions directes ou collatérales, et généralement de tous les avantages que les conventions ou la loi pouvaient leur assurer. On trouve dans les arrêts des conséquences assez curieuses du droit d'exhérédation. Citons, par exemple, un arrêt du 16 juin 1655, qui jugea qu'en la coutume de Bretagne, l'enfant marié sans le consentement de ses parents ne pouvait poursuivre leur interdiction pour cause de prodigalité ; car il valait autant qu'il fût dépouillé de leur succession par la prodigalité que par l'exhérédation (2).

Nos anciens auteurs fondaient le droit d'exhérédation, d'une part, sur le respect que les enfants doivent à leurs parents, respect qui se trouve essentiellement violé par un mariage contracté sans leur

(1) C'est l'opinion de Ricard, *Traité des Donations*, part. 3, ch. 8, sect. 4, nom. 942; de Coquille, *sur la Coutume de Nivernais*, ch. 34, art. 1 ; d'Auroux, *sur la Coutume de Bourbonnais*, art. 312.

(2) Soëfve, t. I, cent. 1, ch. 93.

consentement ; et d'autre part, sur le droit qui appartient aux parents de méconnaître les héritiers d'une personne qu'ils jugent indigne d'entrer dans leur famille. Ce second motif, renouvelé de la règle romaine *nemini invito suus heres agnascitur*, explique pourquoi l'exhérédation s'étendait non seulement à l'enfant capable, mais encore à ses propres descendants et aux héritiers de ceux-ci. Il en était ainsi dans le cas même où les petits-enfants survivaient à leur père déshérité et voyaient par conséquent s'ouvrir la succession de leur aïeul. Cette dernière conséquence était cependant repoussée par quelques auteurs. Fevret notamment ne l'admettait pas, et il appuyait son opinion sur ce que les petits-fils n'avaient pas contribué à la faute de leur père (1). Mais cette raison, que l'on pouvait, à la rigueur, faire valoir pour toutes les autres causes d'exhérédation, n'était pas admissible dans le cas où il s'agissait de n'avoir point d'héritiers contre son gré. Dans cette hypothèse, en effet, il est vrai de dire avec Ricard, que « l'aïeul a bien plutôt condamné le sujet qui lui a donné lieu de passer à » l'exhérédation et le fruit qui en est venu, que son » fils lui-même (2). »

Le droit des parents était porté si loin, qu'ils pouvaient déshériter d'avance leur enfant, pour le cas où il épouserait telle personne désignée. On trouve sur ce point des arrêts qui peuvent, au premier abord, sembler contradictoires (3) ; mais il est facile

(1) *Traité de l'abus*, liv. 5, ch. 2, nom. 14.

(2) *Traité des donations*, 3e part., ch. 8, sect. 4, nom. 958.

(3) V. Arrêts des 4 mai 1668 et 13 février 1674, rapportés par Soëfve, t. II, cent. 4, chap. 14 et 85.

de les concilier en posant comme principe qu'il fallait, pour le succès de cette exhérédation prématurée, que le mariage eût lieu pendant la vie des exhérédants.

L'exhérédation est appelée par Quintilien le foudre paternel, *fulmen paternum*. Il n'appartient qu'à ceux qui nous ont donné la vie, de lancer ce foudre allumé par la colère. Notre ancienne jurisprudence avait admis ce principe et réservé aux père et mère l'exercice de cette importante prérogative.

Toute exhérédation est, d'ailleurs, odieuse; cet acte cruel répugne d'autant plus à notre nature, qu'il déconcerte tous les projets dont s'enivrait avec complaisance l'amour-propre du père, auquel il est si doux de se voir représenter par ses enfants, aussi bien dans sa fortune que dans sa personne. C'est pourquoi la majorité des auteurs admettaient qu'une réconciliation tacite entre le père et le fils suffisait pour opérer la révocation de l'exhérédation. « Il n'y » a pas lieu de douter, dit Lebrun, qu'un père qui a » déclaré par son testament qu'il *pardonne* à son » fils, ne soit réputé lui avoir remis son exhéré- » dation.... Le *pardon* accordé par le père à l'occa- » sion d'une entrevue, semble également d'un grand » poids pour faire présumer qu'il a voulu révoquer » l'exhérédation. Ce terme dit beaucoup dans la » bouche d'un père; et quand on voit que la nature » s'explique par cet organe et fait proférer à un » père un terme aussi favorable et aussi général » que celui-là, personne n'a le droit de donner à ce » mot quelque sinistre interprétation (1). »

(1) *Traité des successions*, Liv. 3, ch. 10, sect. 4, nom. 3 et 7.

Certains auteurs se montraient particulièrement faciles sur les formes de la réconciliation tacite. D'aucuns prétendaient que si le père avait regardé son fils d'un visage serein (1), ou l'avait admis familièrement à sa table (2), il était censé avoir révoqué l'exhérédation. Toutefois, il n'en serait pas de même, ajoutaient-ils, s'il s'agissait d'un de ces baisers donnés en public pour l'édification du prochain, ou d'un de ces repas où la bienséance commande la dissimulation, *convivium ubi honeste dissimulandum sit.* Nous n'insisterons pas sur ces détails, dont le caractère oiseux fait songer à certaines élucubrations fantaisistes des jurisconsultes romains. Contentons-nous de remarquer que si la réconciliation pouvait être tacite, il ne fallait pas qu'elle fût équivoque.

Le père pouvait, en déshéritant son fils, lui laisser des aliments, sans que cette faveur fît présumer une réconciliation tacite (3). Basnage cite même un arrêt portant que l'exhérédation ne dispensait pas le père de donner des aliments à son fils et aux enfants issus du mariage de ce dernier (4) ; mais c'est là sans doute une décision isolée, car dans une foule d'arrêts, les aliments laissés au fils exhérédé apparaissent comme une faveur et non comme une obligation (5).

(1) Ricard, *Traité des donations,* 3e part., ch. 8, sect. 4, nom. 963.

(2) Basnage, *Coutume de Normandie,* art. 369.

(3) V. les Arrêts cités par Ricard, *op. cit.*, part. 3, ch. 8, sect. 4, nom. 951 ; et par Bretonnier, *sur Henrys*, t. 2, liv. 5, quest. 35.

(4) *Coutume de Normandie,* art. 369.

(5) V. les Arrêts cités par Brodeau, *sur Loüet,* Lett. A, nom. 5.

L'ancien droit avait adopté le principe romain d'après lequel l'exhérédation devait être pure et simple (1). Toutefois, on admettait l'exhérédation conditionnelle sous la forme indirecte du *rappel à succession*; le père exhérédait d'abord son fils purement et simplement, puis il le rappelait à sa succession sous telle condition déterminée (2). Il va sans dire que ce rappel ne constituait pas plus que le legs d'aliments, dont nous venons de parler, un cas de réconciliation tacite. C'était une simple libéralité que le père faisait à son fils, au même titre qu'à un étranger, et qui laissait subsister en son entier l'exhérédation.

Le principe que la réconciliation tacite suffisait pour révoquer l'exhérédation, fut toujours soutenu par le ministère public et toujours consacré par la jurisprudence. Montholon rapporte un arrêt de 1584, qui rejeta l'exhérédation, sous prétexte que le fils *redierat in gratiam*. Mornac en cite un autre de 1617, rendu dans le même sens et basé sur ces simples mots: *oui, oui*, répétés par une mère, à qui l'on demandait si elle pardonnait à sa fille. Enfin tous les auteurs citent un arrêt célèbre du 27 avril 1660, universellement connu dans l'ancien droit sous le nom d'*arrêt de Riolan*, qui, tout en déclarant insuffisante la réconciliation du père, parce qu'elle avait eu lieu d'une manière équivoque, *in articulo mortis*, jugea suffisante la réconciliation de la mère, parce qu'elle s'était affirmée par des assiduités et

(1) *Pure autem filium exheredari Julianus putat; qua sententia utimur. (L. 3, § 1, de lib. et posthum. hered. instit. vel. exheredand.)*

(2) Lebrun, *Tr. des successions*, Liv. 3, ch. 10, sect. 4, nom. 12.

des services rendus pendant trois semaines de maladie.

Une fois l'exhérédation révoquée par une réconciliation, soit expresse, soit tacite, on ne pouvait plus la faire revivre *pour la même cause*. En d'autres termes, le père, qui pouvait revenir sur l'exhérédation, ne pouvait pas revenir sur la réconciliation.

En général, l'exhérédation ne se cumulait pas avec l'annulation du mariage; car, par l'effet de cette annulation, le fils ne pouvait donner à son père des héritiers malgré lui (1). Cependant il est juste de faire observer que cette solution dépendait beaucoup des circonstances. Lorsque, par exemple, le fils continuait ses relations avec la même femme, au mépris de l'arrêt qui avait annulé son mariage, la cour ne manquait pas de confirmer l'exhérédation prononcée par le père (2).

Nous allons voir, en étudiant les exceptions à la nécessité du consentement paternel, qu'en cas de refus arbitraire et non motivé de la part du père, le fils pouvait obtenir du magistrat l'autorisation de passer outre au mariage. Le père conservait-il néanmoins, dans cette hypothèse, le droit de déshériter son enfant? On trouve au *Journal des Audiences* un arrêt du 12 mai 1710 qui consacre l'affirmative : solution bien rigoureuse et fort peu compréhensible, puisque le mariage était jugé raisonnable par ceux-là mêmes qui avaient pour mission d'interpréter la loi.

(1) V. en ce sens un arrêt du 3 mars 1637, rapporté par Bardet, t. II, liv. 6, ch. 6, qui jugea que l'exhérédation n'est pas valable si le mariage est déclaré nul.

(2) Arrêt du 16 décembre 1638, Bardet, t. II, liv. 7, ch. 45.

Section IV

Exceptions à la nécessité du consentement paternel

On peut citer trois exceptions à la nécessité du consentement paternel. Nous ne ferons que passer sur les deux premières, d'une application assez restreinte ; la troisième seule nous retiendra quelque temps.

A. — Suivant un usage qui s'établit dans le courant du XVIII[e] siècle, toute femme ou fille inscrite sur les contrôles de l'Opéra échappait complètement à l'autorité de son père ou de son mari (1). Cette quasi-émancipation devait avoir naturellement pour effet de soustraire la fille à la nécessité de requérir, pour se marier, le consentement de ses parents.

B. — Les enfants des religionnaires fugitifs pouvaient remplacer le consentement de leurs père et mère par celui de leurs plus proches parents ou alliés, tant paternels que maternels, réunis devant le juge royal, au nombre de six ou de trois, suivant que le père et la mère, ou l'un d'eux seulement, étaient sortis du royaume (2).

La jurisprudence avait étendu cette décision à

(1) V. Bouly de Lesdain, *Des nullités de mariage*, p. 143, et les auteurs qu'il cite.

(2) Déclarations des 6 août 1686 et 24 mai 1724.

tous les cas où les parents se trouvaient dans l'impossibité de manifester leur volonté. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Bretagne du 28 mars 1738 permit à une fille dont le père avait disparu sans donner de ses nouvelles, de contracter mariage avec l'agrément de ses autres parents (1).

C. — Enfin il pouvait arriver que le père, sans aucune raison plausible, refusât, de parti pris, son consentement au mariage. Nous avons vu qu'en pareil cas, le droit romain, malgré sa tendance à exagérer les prérogatives de la *patria potestas,* avait fini par accorder à l'enfant un recours judiciaire pour vaincre la résistance du père, voire même pour se faire constituer une dot. Sans aller jusqu'à donner au fils une action dotale, nos anciennes coutumes (2) lui permettaient du moins de se pourvoir contre les décisions arbitraires de l'autorité paternelle.

Les ordonnances ne consacraient pas formellement ce recours; mais les auteurs s'accordaient à penser qu'elles ne l'excluaient pas davantage. *L'esprit général de la législation* semblait avoir été uniquement d'empêcher les unions tout à fait indignes, compromettantes pour l'honneur des familles et pour l'intérêt de la société. C'est ainsi que dans son ordonnance de 1629, Louis XIII déclarait vouloir « empêcher qu'à l'avenir plusieurs familles de qualité ne fussent alliées à des personnes

(1) Poullain-Duparc, *Journal*, t. 2, ch. 57.

(2) Dans les pays *de droit écrit*, la règle *ne dote qui ne veut* n'était pas aussi rigoureusement suivie. Ces pays se ressentaient de l'influence romaine.

indignes. » Un siècle plus tard, dans une déclaration de 1730, Louis XV visera également ces « alliances indignes, qui flétrissent l'honneur et causent la ruine de plusieurs familles illustres. » Les jurisconsultes mirent à profit cette idée générale qui se dégageait des ordonnances. « Si les enfants » ne se mésallient pas, dit Boucheul, et qu'au » contraire ils épousent des personnes dignes de » leur alliance et chez qui il ne se rencontre aucune » tache de mœurs ou de condition, *la raison des* » *ordonnances ne s'y rencontrant pas,* l'on autorise ces » sortes de mariages, parce que l'on considère en » ce cas le refus des père et mère comme un simple » caprice (1). »

Outre ces considérations d'équité ou de logique, on peut citer un texte législatif qui a reconnu le bien-fondé de cette théorie. Une déclaration du 8 mars 1704 (2) porte, en effet, que « ni les ordon- » nances des rois d'Espagne, *ni celles des rois de* » *France* n'excluent les juges de connaître des oppo- » sitions ou refus des pères et mères, tuteurs ou » curateurs, pour le mariage des mineurs. » Cette déclaration, il est vrai, ne s'appliquait qu'à la Flandre française, mais la phrase incidente que nous venons d'en rapporter contient une observation générale, commune à toutes les provinces du royaume.

La possibilité d'un recours judiciaire contre la décision des parents fut toujours soutenue par les

(1) *Sur la coutume du Poitou,* art. 260, nomb. 14.

(2) Rapporté dans un *Recueil d'édits* publié en 1712 par la librairie Saugrain.

membres du ministère public. On ne saurait mieux la défendre que ne le fit d'Aguesseau dans un de ses réquisitoires : « Quelque grande que soit l'auto-
» rité des parents, dit le célèbre avocat général,
» elle a cependant une autorité supérieure dans la
» société, et si les parents sont les premiers juges,
» leur jugement est toujours soumis à celui des
» magistrats. *Nous naissons à la patrie encore plus*
» *qu'à nos parents, et les liens qui nous attachent à*
» *eux ne peuvent être assez forts pour nous faire*
» *oublier ceux qui nous unissent au corps entier de la*
» *société.* C'est par conséquent à ceux entre les
» mains desquels on a remis le dépôt sacré de
» l'autorité publique, à examiner les différends qui
» s'élèvent entre les pères et les enfants, comme
» ceux qui s'élèvent entre les autres citoyens ; et
» s'ils doivent apprendre aux enfants à respecter
» ceux dont ils ont reçu le bienfait de la vie, ils
» doivent aussi écouter leurs justes plaintes et ne
» pas abandonner les membres de la patrie aux
» caprices d'un particulier (1). »

Cette doctrine trouva bon accueil dans la jurisprudence. Celle-ci n'avait admis la théorie du rapt de séduction que pour empêcher l'enfant d'être la victime d'une passion aveugle et avilissante ; elle devait naturellement refuser d'étendre cette fiction au cas où le fils de famille contractait une alliance honorable. Aussi voit-on que dans cette hypothèse, les différents parlements permettaient au fils de passer outre au mariage (2).

(1) V. l'arrêt du 17 février 1722, *J. des Audiences*, t. VII, liv. 5, ch. 2.

(2) D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, part. 3, ch. 5, art. 2, nom. 74.

Le plus souvent le magistrat ou la cour ordonnait la comparution préalable du père et l'invitait à consentir au mariage ou à déduire ses moyens de refus. Si le père maintenait son refus sans l'appuyer de motifs raisonnables, le magistrat pouvait autoriser le mariage, de sa propre autorité, sans même demander l'avis de la famille. C'est ainsi que le parlement de Tournay, dans un arrêt du 9 décembre 1695, confirma le mariage d'une fille qui l'avait contracté malgré l'opposition de son père, avec la simple autorisation du magistrat (1). Mais il était rare que le pouvoir judiciaire s'accommodât d'une pareille simplicité de formes. Il prescrivait ordinairement, avant faire droit, des sommations respectueuses (2). Souvent aussi il ordonnait la réunion d'un conseil de famille et ne statuait qu'après sa délibération (3). La nécessité de juger en connaissance de cause et les égards dus à la famille commandaient cette sage précaution. Il va sans dire que l'avis de cette assemblée ne liait pas le juge, qui pouvait, malgré le défaut d'unanimité d'avis conformes, malgré même l'unanimité d'avis contraires, autoriser le mineur à contracter mariage.

Quand le père et la mère vivaient encore et que leurs volontés concouraient au même objet, il semblait qu'il fût impossible de s'élever contre ces deux autorités réunies; et cependant il pouvait se trouver des circonstances assez graves pour donner lieu à des juges éclairés de préférer le sentiment

(1) Pinault, t. I, arrêt 83.

(2) Arrêt du 21 mars 1712, *J. des Audiences*, t. VI, liv. 2, ch. 16.

(3) Arrêt du 5 septembre 1684, *J. des Audiences*, t. III, liv. 10, ch. 36.

de la famille à celui d'un père et d'une mère également prévenus et également injustes à l'égard de leurs enfants (1).

Certaines coutumes, à ne considérer que leurs termes, paraissaient refuser aux enfants de famille le droit de faire appel à l'autorité du magistrat. Citons, par exemple, l'article 496 de la coutume de Bretagne, qui prescrit aux mineurs de « *requérir et avoir* » le consentement paternel. Mais, comme l'observe judicieusement d'Argentré dans son Etiologie, sur ces mots *requérir et avoir*, cela ne peut pas toujours se faire ; car si l'on doit et peut toujours *requérir* , on doit mais on ne peut pas toujours *avoir* l'autorisation des parents. Dans ce cas, dit-il, c'est au juge qu'il appartient de décider : « *Requérir et avoir*, istud quidem non semper fieri potest ; sed hoc casu, judicantis arbitrium est. »

On voit que dans notre ancienne législation, le recours judiciaire était ouvert aux enfants dans une large mesure, et que les parents n'étaient pas, comme aujourd'hui, les seuls juges de leurs fantaisies et de leurs caprices (2).

II. Majeurs de vingt-cinq ans

Un point commun à tous les majeurs de vingt-cinq ans, sans distinction d'âge ni de sexe, c'est que

(1) V. le réquisitoire de d'Aguesseau, lors de l'arrêt du 17 février 1722, déjà cité.

(2) Rappelons toutefois que la permission de se marier accordée à l'enfant par le magistrat, n'enlevait pas au père le droit de l'exhéréder. C'est là, avons-nous dit, une solution bien rigoureuse, puisque l'enfant ne transgressait la volonté paternelle qu'après que celle-ci avait été *jugée déraisonnable.*

l'intervention des parents, quelle que fût sa forme, n'était point exigée à peine de nullité du mariage. Tantôt elle affectait la forme d'un consentement véritable, tantôt celle d'un simple conseil ; mais dans l'un et l'autre cas, la seule sanction de la formalité requise était une déchéance pécuniaire. La validité du lien conjugal n'était pas en cause, la majorité de l'enfant mettant ce lien à l'abri de toute atteinte. Nous avons vu, en effet, que pour l'enfant majeur, la présomption de rapt de séduction n'était pas possible. Il eût donc fallu, pour annuler le mariage, se fonder uniquement sur le défaut de consentement des parents et par conséquent rompre ouvertement avec la doctrine ecclésiastique. D'un pareil procédé l'ancien droit ne voulait à aucun prix. L'avocat général Talon soutint, il est vrai, contre toute vraisemblance, que le fils majeur de vingt-cinq ans mais mineur de trente, ne pouvait contracter un mariage valable sans le consentement de ses parents, et le parlement de Paris consacra, par deux fois, cette singulière théorie (1). Mais il ne faut voir là qu'une opinion complètement isolée, que son auteur désavoua bientôt, et une jurisprudence tout à fait exceptionnelle, que le parlement ne tarda pas à abandonner.

Il y avait toutefois une hypothèse où les cours royales prononçaient d'un commun accord la nullité du mariage d'un majeur : c'est lorsque des relations illicites avaient existé entre les époux *pendant la*

(1) Arrêts des 16 juin 1663 et 18 février 1664, *J. des Audiences*, t. 2, p. 527 et 624.

minorité de l'un d'eux (1). Dans ce cas, en effet, on pouvait logiquement prétendre qu'il y avait eu rapt de séduction. Il va sans dire qu'il en était de même, et à plus forte raison, lorsque le séducteur s'était livré, durant le même temps, à de véritables manœuvres.

Ces cas exceptionnels mis à part, il reste bien entendu que l'inexécution de l'obligation imposée au majeur, qu'il fût question d'obtenir un consentement ou de demander un conseil, n'entraînait jamais la nullité du mariage. Mais dans quel cas l'enfant majeur devait-il obtenir le consentement de ses parents ? Dans quel cas suffisait-il qu'il demandât leur conseil ? Il faut faire, à cet égard, une distinction fondamentale entre le fils et la fille.

Pour *la fille* majeure, le consentement des parents n'était *jamais* nécessaire ; de simples sommations respectueuses suffisaient pour lui éviter l'exhérédation.

Le fils majeur, au contraire, était assujetti *jusqu'à l'âge de trente ans*, sous peine d'exhérédation, à l'obligation d'obtenir le consentement paternel. Passé cet âge, il était assimilé à la fille, et pouvait dès lors se soustraire à l'exhérédation, au moyen de sommations respectueuses.

Pour le fils comme pour la fille, le nombre des sommations exigées était en général de deux. Dans quelques provinces, en Bourgogne par exemple, une seule était suffisante (2).

Ainsi donc les enfants de famille pouvaient, à un

(1) Brillon, *Dictionnaire des Arrêts*, V° *mariage*, n° 63.

(2) Beaune, *Cond. des personnes*, p. 453.

moment donné, se marier à leur guise, sans encourir la moindre déchéance ; mais à aucune époque de leur existence, ils n'étaient dispensés de faire acte de déférence à l'autorité paternelle. Le fils jusqu'à l'âge de trente ans, la fille jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, devaient à leurs père et mère obéissance et respect : la majorité matrimoniale les affranchissait complètement du devoir d'obéissance, mais ils restaient éternellement soumis à l'obligation du respect. Quelque âgé qu'il fût, l'enfant devait donc adresser à ses père et mère des *sommations respectueuses*, avant de s'engager dans les liens d'un premier mariage ou de convoler à de nouvelles noces. Ainsi le décida le parlement de Rouen, le 24 février 1736, pour un fils veuf âgé de soixante-trois ans.

Les ordonnances n'ayant point fixé d'une manière uniforme la procédure à suivre pour les sommations respectueuses, elle variait suivant les provinces.

Dans le ressort du parlement de Paris, aux termes d'un arrêt de règlement du 27 août 1692 (1), les sommations respectueuses devaient être précédées d'une requête adressée au juge royal du domicile des père et mère, qui ne pouvait, d'ailleurs, refuser d'y faire droit. Les sommations ainsi autorisées se faisaient par deux notaires royaux, ou par un notaire royal et deux témoins, qui devaient signer avec le notaire à peine de nullité.

En d'autres endroits, on se bornait à présenter requête au juge du lieu, royal ou non.

Ailleurs, enfin, on ne présentait point de requête;

(1) *Journal des Audiences*, T. V, p. 641.

on se contentait d'une simple sommation faite par deux notaires, royaux ou non. Il eût été de la dernière indécence de la faire faire par des huissiers relativement aux père et mère, mais on n'observait pas la même délicatesse à l'égard des autres parents.

La seule sanction de l'obligation imposée aux majeurs consistait dans l'exhérédation. Il ne pouvait être question pour eux ni de la nullité du mariage, ni des peines du rapt, puisque cette double sanction reposait sur la présomption d'un rapt de séduction, présomption incompatible avec la majorité de l'enfant.

La sommation respectueuse empêchait l'exhérédation et permettait à l'enfant de passer outre au mariage. Parfois cependant les parlements s'arrogèrent le droit d'en ajourner la célébration. Lorsque, par exemple, ils avaient de puissants motifs de croire que l'éloignement des parties suffirait pour les détacher l'une de l'autre, ils les séparaient pour un temps déterminé. Ainsi le parlement de Bretagne, par un arrêt du 20 décembre 1719, prescrivit à un fils majeur de trente ans, qui voulait se marier sans le consentement de son père, une absence de *six mois*, loin de celle qu'il voulait épouser (1). Ainsi encore le parlement de Rouen, par un arrêt du 20 décembre 1670, enjoignit à une fille majeure de vingt-cinq ans, de se retirer chez son père pendant *dix-huit mois*; après quoi, la jeune fille ayant persévéré dans son choix, le parlement lui permit de passer outre au mariage, malgré la résistance de son père et des autres parents (2).

(1) Poullain-Duparc, *Journal*, T. I, ch. 89.

(2) Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 369.

Dans le cas où un garçon majeur de vingt-cinq ans n'avait pas encore atteint sa trentième année, il ne lui suffisait pas, pour se mettre à couvert de l'exhérédation, de *requérir* le consentement de ses parents par des sommations respectueuses ; il fallait qu'il *obtînt* ce consentement. A défaut par lui de l'obtenir, il encourait l'exhérédation, dans le cas même où son mariage était sortable, sauf que dans cette hypothèse, on tempérait la rigueur de la peine, en adjugeant « sur les biens du défunt, une somme » en usufruit à l'exhérédé et la propriété de cette » somme aux enfants nés ou à naître du mariage (1).»

Remarquons enfin, — et cette dernière observation est commune aux garçons et aux filles, — que si le mariage était tout à fait honteux et déshonorant, les sommations respectueuses ne suffisaient pas pour soustraire l'enfant à l'exhérédation. Il en était ainsi lorsque le fils majeur de trente ans avait demandé à son père la permission d'épouser une comédienne ou une femme reprise par la justice ; ainsi encore lorsqu'une fille majeure de vingt-cinq ans avait sollicité l'autorisation d'épouser son laquais. Pothier, à qui nous empruntons ces exemples, donne de cette règle un singulier motif : selon lui, l'enfant qui demande l'autorisation de contracter un pareil mariage, bien loin de satisfaire en partie au respect qu'il doit à son père, *augmente* encore l'outrage qu'il lui fait par ce mariage, et cette nouvelle insulte suffit à justifier l'exhérédation (2).

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 340.

(2) *Ibid.*, n° 338.

Les majeurs qui n'avaient plus ni père ni mère, fussent-ils des garçons mineurs de trente ans, pouvaient se marier en toute liberté, sans aucune espèce d'autorisation (1).

Enfants naturels

L'obligation imposée aux enfants, soit d'obtenir, soit au moins de requérir le consentement de leurs parents, n'était qu'un dérivé de la puissance paternelle. Cette puissance étant elle-même un des effets civils du mariage, les père et mère ne pouvaient l'exercer que sur leurs enfants légitimes. Les bâtards échappaient donc à la nécessité de requérir, pour se marier, le consentement de leurs parents (2). Cette doctrine fut nettement consacrée dans un arrêt du 1er février 1662, qui nous est rapporté par Pothier. Un fils naturel âgé de vingt-trois ans, muni d'une charge de secrétaire du roi, avait épousé la fille d'une vendeuse de chapeaux sous le petit Châtelet. Sa mère crut pouvoir interjeter appel comme d'abus, sous prétexte qu'elle n'avait pas consenti au mariage; mais la cour débouta la plaignante, en mettant les parties hors de cause (3).

Ce n'est pas à dire que les bâtards *mineurs* fussent abandonnés à eux-mêmes dans l'importante affaire de leur mariage. Ils avaient besoin du consentement de leur tuteur, et s'ils n'en avaient point, il fallait leur en nommer un pour la circonstance.

(1) Duguit, *Du rapt de séduction (op. cit.)*, p. 624.

(2) Nous verrons qu'il en est tout autrement sous l'empire de notre code civil.

(3) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 342.

APPENDICE

Les protecteurs naturels de l'enfant, c'est-à-dire ses parents et son tuteur, n'ont pas toujours été les seuls à jouer un rôle dans l'affaire de son mariage. On vit souvent intervenir le suzerain dans le mariage des femmes propriétaires de fiefs, le seigneur dans le mariage des serfs, le roi dans le mariage des princes du sang.

Il nous reste, pour être complet, à dire un mot de chacun de ces points.

A. — Mariage des femmes propriétaires de fiefs

A l'époque féodale, la jouissance d'un fief entraînait certaines charges incompatibles avec la faiblesse de la femme, notamment le service militaire. Aussi, tant qu'une femme n'était pas mariée, la jouissance de son fief appartenait au seigneur qui exerçait sur elle la tutelle féodale. Dès qu'elle avait un mari, c'était à lui que revenait naturellement la possession du fief; mais comme le seigneur avait intérêt à se ménager de fidèles vassaux, la femme ne pouvait se marier sans son agrément.

A l'origine même, le seigneur choisissait personnellement l'époux de sa vassale. Certaines coutumes

l'autorisaient, en effet, à lui présenter une liste de trois candidats, en dehors desquels la femme ne pouvait porter son choix, sous peine de perdre le fief. D'autres coutumes allaient jusqu'à permettre au seigneur de forcer la femme à prendre mari, pour que le fief ne restât pas sans titulaire.

Ces règles furent appliquées avec plus ou moins de rigueur jusqu'au XV[e] siècle environ. A cette époque, la décadence de la féodalité devenant de plus en plus marquée, la nécessité de l'autorisation seigneuriale disparut, et le consentement des père et mère demeura seul nécessaire.

B. — Mariage des serfs

La loi civile ne reconnaissait même pas, à l'origine, le mariage des serfs. De bonne heure, l'Eglise parvint à faire valider les unions serviles, mais il fallut de longs efforts pour les soustraire complètement à l'influence des seigneurs, et ce n'est guère qu'au XII[e] ou au XIII[e] siècle, que l'Eglise put avoir définitivement raison de cet abus.

La résistance des seigneurs s'affirma surtout dans le cas où les serfs appartenaient à deux maîtres différents. C'est qu'alors une double perte atteignait le propriétaire de la serve : la perte de la serve elle-même et celle des enfants à naître du mariage. On avait imaginé diverses combinaisons pour atténuer ce résultat. D'ordinaire le propriétaire du serf donnait à l'autre seigneur, soit une indemnité en argent, souvent appelée *droit de formariage*, soit

une autre serve, ce qui constituait le *mariage par échange*. En outre, il se faisait entre les deux seigneurs un *partage des enfants* issus du mariage.

C. — Mariage des princes du sang

C'était une maxime de droit public que les princes du sang ne pouvaient se marier sans le consentement du roi.

Cette règle avait des racines fort anciennes. Au témoignage de Plutarque, Denys le tyran bannit quelques seigneurs pour s'être mariés contre sa volonté, et l'historien Josèphe rapporte que Feroras accusa Salomé devant Hérode, d'avoir, à l'insu du roi, contracté mariage avec l'arabe Sylleus (1). Nous savons par Froissard (2) que le roi Charles VI fit défense au duc de Lancastre d'épouser la fille du duc de Berry sans lui en demander l'autorisation ; et sous Charles VII, le comte Jean d'Armagnac fut soupçonné de haute trahison et de lèse-majesté, pour avoir, à l'insu du souverain, promis sa fille au roi d'Angleterre.

Durant tout le moyen âge, on appliqua cette règle, qui reposait sur une tradition constante. Toutefois, le défaut de consentement du roi n'était point alors considéré comme entraînant la nullité du mariage.

Il en fut autrement au XVII[e] siècle. On connaît l'incident qui donna naissance à ce nouvel empêchement dirimant. Le 3 janvier 1632, Gaston

(1) Le Prestre, *Traité des mariages clandestins*, p. 171.

(2) *Chroniques*, Liv. 4, ch. 104.

d'Orléans avait épousé Marguerite de Lorraine, malgré la défense du roi Louis XIII. Richelieu s'adressa d'abord à la cour de Rome, pour faire annuler le mariage ; mais le Cardinal, n'ayant point trouvé chez le pape Urbain VIII la condescendance qu'il en attendait, fit saisir le parlement de Paris d'un appel comme d'abus, et par un arrêt du 5 septembre 1634, le mariage fut déclaré nul.

Ce n'était là qu'une décision judiciaire ; le roi voulait davantage. Il soumit la question à l'assemblée générale du clergé, et le 30 juillet 1635, celle-ci déclara que la coutume de France défendait, en effet, aux princes du sang de se marier sans le consentement du roi, à peine de nullité du mariage.

Depuis cette époque, on ne connaît aucun exemple de mariage annulé pour défaut de consentement du souverain ; mais les rois se servirent de l'arrêt du parlement de Paris comme d'une menace, pour empêcher le mariage des seigneurs (1).

Cette ancienne prérogative des rois de France a laissé des traces dans deux de nos constitutions modernes : celle de 1804, qui a créé la dignité impériale, et celle de 1852, qui l'a rétablie.

L'article 12 du sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804) fit défense à tous les membres de la famille impériale de se marier sans l'autorisation de l'empereur. La violation de cette défense emportait privation de tout droit à l'hérédité pour le délinquant et pour ses descendants. Toute-

(1) C'est ainsi qu'en 1670, Louis XIV refusa son consentement au mariage de Mademoiselle et de Lauzun. (Lefevre d'Ormesson, *Journal*, t. II, pp. 603 et suiv.).

fois, s'il n'existait pas d'enfant du mariage et qu'il vînt à se dissoudre, le prince qui l'avait contracté recouvrait ses droits à l'hérédité.

Le sénatus-consulte était muet sur la question de validité du mariage, mais ce silence fut bientôt suppléé par l'empereur lui-même. Usant du droit que lui conférait l'article 14 de ce même sénatus-consulte, il décréta, dans un statut du 30 mars 1806, la nullité des mariages contractés sans son consentement et l'illégitimité des enfants issus de ces mariages.

Ces deux dispositions ont été exactement reproduites sous le second Empire : la première, proclamant la déchéance de tout droit à l'héridité, par le sénatus-consulte du 7 novembre 1852 ; la seconde, consacrant la nullité du mariage, par un statut de l'empereur Napoléon III, du 21 juin 1853.

Chose curieuse, les constitutions royales de 1791, de 1814 et de 1830 ne contiennent aucune disposition analogue. Toutefois, il est peu probable qu'elles aient voulu rompre sur ce point avec les traditions constantes de l'ancienne monarchie française.

DROIT INTERMÉDIAIRE

Ce fut pendant la période révolutionnaire que se produisit le fait considérable de la sécularisation du mariage (1). La constitution de 1791 proclama le principe ; la loi du 20 septembre 1792 en détermina les effets. Après avoir fixé la puberté légale à quinze ans pour les hommes, à treize ans pour les femmes, cette loi régla le mariage des mineurs de la manière suivante.

L'enfant mineur de *vingt-un ans* devait obtenir le consentement de son père, de sa mère ou de ses proches parents.

En principe, le consentement du père était suffisant ; s'il était mort ou interdit, celui de la mère en tenait lieu.

Si la mère était également décédée ou interdite, les cinq plus proches parents domiciliés dans le district se réunissaient devant le maire de la commune, et donnaient ou refusaient leur consentement, à la majorité des voix. A défaut de parents en nombre suffisant, on s'adressait aux voisins.

(1) Rappelons que le mariage de Talma en fut la cause occasionnelle.

Le caractère libéral de ces dispositions fut encore accentué par un décret du 7 septembre 1793, pour le cas ou les père et mère étaient décédés ou interdits. Dans cette hypothèse, le conseil de famille n'était appelé qu'à donner son *avis;* son consentement n'était plus indispensable, sauf dans deux cas exceptionnels déterminés par la loi (1). Il s'ensuit qu'un mineur orphelin de père et de mère, un enfant de treize ou de quinze ans, jouissait, pour se marier, de l'indépendance la plus complète.

On voit combien était bouleversée l'ancienne législation. Jusqu'à vingt-un ans, nécessité du consentement paternel, sanctionnée par la nullité du mariage; après vingt-un ans, liberté de se marier sans le consentement de personne. Plus de sommations respectueuses, plus de peines criminelles, plus même d'exhérédation.

Nous verrons que le code civil a fait un retour en arrière et pris un moyen terme entre le système légèrement despotique de l'ancien régime et la liberté peut-être excessive consacrée par la Révolution.

(1) *Immoralité notoire* de la personne que le mineur voulait épouser, ou non-réhabilitation après un jugement portant *peine d'infamie.*

CODE CIVIL

M. Demolombe donne un résumé fort exact des motifs qui ont guidé les rédacteurs du code civil dans la réglementation du mariage des enfants de famille : « La loi, dit-il, soumet les futurs époux à » l'obligation de demander le consentement ou le » conseil de certaines personnes..... Il le fallait, » d'abord et avant tout, pour les futurs époux eux-» mêmes, qu'il importe d'éclairer et de défendre » contre les séductions, contre les égarements des » passions; — pour leur famille, très intéressée à » ce qu'un mariage fâcheux ne lui crée pas des » rapports d'alliance et de parenté tout à fait mal » assortis ; — pour la société elle-même, enfin, très » intéressée au maintien de la discipline domestique » et du bon ordre des familles, et qui doit dès lors » ne prêter son concours à la célébration d'un » mariage, que lorsque les enfants ont accompli » envers leurs père et mère, ou autres ascendants, » ces devoirs de déférence, dont ils ne pourraient » pas sans ingratitude et sans impiété, s'affranchir » dans une telle occasion (art. 371) (1). »

(1) Demolombe, t. III, p. 56.

Deux raisons, en définitive, ont été invoquées : la protection due à l'enfant, le respect dû aux parents. Mais si l'on compare chacun de ces motifs avec les différentes hypothèses réglementées par le législateur, on s'aperçoit qu'ils n'ont pas toujours exercé la même influence sur ses décisions. Il faut faire, à cet égard, une distinction fondamentale entre le cas où l'enfant est mineur et celui où il a dépassé sa vingt-unième année.

Dans le premier cas, le législateur s'est inspiré non seulement de la déférence due aux parents, mais encore de la protection due à l'enfant; nous n'en voulons d'autre preuve que l'insuffisance du consentement de l'enfant mineur dans le cas où il n'a plus d'ascendants, dans le cas même où il n'a plus un seul parent connu.

Dans le cas, au contraire, où l'enfant est majeur, le législateur n'a considéré qu'une chose : la déférence due aux parents; il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que l'enfant majeur qui n'a plus d'ascendants, jouit, pour se marier, de la plus entière liberté.

Ceci nous amène à conclure qu'*au point de vue de la capacité,* la loi a assimilé le mariage à tous les autres contrats. Jusqu'à l'âge de vingt-un ans, l'enfant est légalement incapable de contracter un mariage valable. La loi, qui lui reconnaît dès l'âge de quinze ou de dix-huit ans, le développement physique nécessaire pour en consommer l'acte matériel, lui refuse le développement intellectuel suffisant pour le contracter. Elle le présume incapable de manifester par lui-même une volonté libre, éclairée, indépendante, et lui impose le secours

d'une volonté étrangère. Passé l'âge de vingt-un ans, l'enfant doit bien encore faire appel, dans une certaine mesure, aux lumières de quelques personnes; mais c'est alors une obligation toute de respect et de déférence envers ceux dont il a reçu le jour. L'enfant majeur est donc capable pour le mariage, comme il l'est, en principe, pour tous les autres contrats. Aussi, n'est-ce point dans tous les cas et toujours, mais seulement lorsqu'il a des ascendants, que cet enfant est assujetti, quant au mariage, à certaines obligations.

La distinction que nous venons de faire entre l'enfant majeur et l'enfant mineur, va servir de base à la division de notre sujet. La plupart des auteurs se placent à un autre point de vue: ils font une distinction première et fondamentale entre le cas où l'enfant doit obtenir le consentement de ses ascendants et celui où il est simplement tenu de leur demander conseil. Nous aurons naturellement à reproduire cette distinction, mais sans lui assigner l'importance d'une division capitale, dominant toute la matière. Notre division, sans nuire à la clarté de nos explications, aura l'avantage de cadrer très exactement avec les motifs de l'obligation imposée à l'enfant, motifs qui, nous venons de le voir, ne sont pas les mêmes avant et après la majorité. Contrairement à la méthode généralement adoptée, nous ferons, d'ailleurs, rentrer dans les solutions consacrées aux enfants légitimes, les dispositions applicables aux enfants naturels; ceci nous évitera de réserver à ces derniers une étude spéciale et distincte, dont nous n'apercevons pas l'utilité.

Voici très sommairement le résumé de notre matière :

1° Tout enfant *mineur*, sans aucune espèce de distinction, est tenu d'obtenir, pour se marier, le consentement de certaines personnes.

2° Pour l'enfant *majeur*, c'est la règle contraire : il peut se marier en toute liberté, sans le consentement de personne.

Toutefois, *dans le cas où il existe des ascendants*, ce principe souffre une exception pour le fils et une restriction commune au fils et à la fille :

Le fils majeur qui a des ascendants, demeure assujetti, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, à la nécessité d'obtenir leur consentement : voilà l'exception.

L'enfant majeur qui a des ascendants, est soumis, à tout âge, à l'obligation de leur demander conseil : voilà la restriction.

Ces règles s'appliquent, dans la mesure du possible, aux enfants naturels comme aux enfants légitimes.

TITRE I

Enfants mineurs

Section I

Personnes dont le consentement est requis

Tout enfant mineur, fils ou fille, émancipé ou non émancipé, légitime ou naturel, qu'il ait ou non des ascendants, est incapable de contracter un mariage valable sans le consentement de certaines personnes. Quelles sont ces personnes ? Il faut distinguer suivant qu'il existe ou non des ascendants.

§ 1. *L'enfant mineur a des ascendants*

Dans ce cas, le consentement doit être donné par les ascendants. Mais évidemment il ne peut être ici question de requérir le consentement de tous les ascendants; quels sont donc ceux qui ont le droit d'intervenir ? Examinons les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

A. — *Le père et la mère sont vivants et en état de manifester leur volonté.* — Dans cette hypothèse, l'enfant doit consulter à la fois son père et sa mère; mais en cas de *dissentiment*, c'est la volonté du père

qui l'emporte, soit qu'il accorde, soit qu'il refuse son consentement (Art. 148).

Il importe de remarquer que si la mère ne doit pas nécessairement consentir, elle doit être mise à même de donner son consentement, c'est-à-dire être *consultée* (1). Mais comment prouvera-t-on que la mère a été consultée ? Si elle assiste au mariage, l'officier de l'état civil recevra sa déclaration. Sinon, l'enfant fera constater le refus de sa mère par un acte notarié (arg^{t}. art. 173), dont une expédition sera remise à l'officier de l'état civil. Enfin, si la mère refuse de signer, l'enfant lui adressera un acte respectueux, dans lequel le notaire fera mention de la réponse.

On s'est demandé quelle était la sanction de l'obligation qui incombe à l'enfant de consulter sa mère. Il est certain que malgré le défaut de consultation de la mère, le mariage n'en est pas moins valable, car aucun texte n'en prononce la nullité. Mais l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage sans s'assurer que cette consultation a été faite, encourt les peines prononcées par les articles 156 du code civil et 193 du code pénal.

La mère non consultée pourrait-elle s'opposer à

(1) C'est là un des deux cas exceptionnels où la mère est admise à partager avec le père l'exercice de la puissance paternelle. Le second cas se rencontre en matière d'adoption et de tutelle officieuse, et alors l'autorité de la mère se traduit d'une façon beaucoup plus effective. L'enfant mineur ne peut être mis en tutelle officieuse, l'enfant majeur qui n'a pas atteint l'âge de 25 ans ne peut se donner en adoption, sans le double *consentement* de ses père et mère. C'est le seul cas où la résistance de la mère puisse, en matière de puissance paternelle, faire échec à la volonté du père.

la célébration du mariage? L'affirmative a ses partisans (1), et elle a été adoptée par la cour de Riom, le 3 juin 1817 (2). Mais la plupart des auteurs enseignent la négative (3), et il faut convenir que le texte de la loi semble très favorable à cette dernière opinion. L'article 173 n'accorde, en effet, le droit d'opposition à la mère qu'*à défaut du père*; or, dans l'espèce, le père est là qui donne son consentement au mariage; donc, conclut-on, la mère ne peut y former opposition, pas plus qu'elle ne pourrait, le mariage une fois célébré, en demander la nullité (comp. art. 148 et 182). Nous ne faisons aucune difficulté de nous rallier à cette solution, en présence de la clarté du texte qui la consacre; mais nous aurions désiré qu'il en fût autrement, car le droit d'opposition nous semble devoir être le corollaire naturel du droit qui appartient à la mère d'être consultée sur le mariage.

Les règles que nous venons de poser pour cette première hypothèse, sont applicables, de tout point, à l'enfant naturel reconnu par ses deux auteurs. Cet enfant ne peut donc se marier sans consulter à la fois son père et sa mère, et en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 148 et 158).

B. — *L'un des deux auteurs est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.* — Dans ce cas, le consentement de l'autre suffit (art.149); mais

(1) Delvincourt, t. I, p. 58, note 4; Duranton, t. II, n° 77; Vazeille, t. I, n° 119.

(2) Sirey, 1818, 2, 41.

(3) Aubry et Rau, *sur Zach.*, t. III, p. 264, note 22; Demolombe, t. III, n° 39; Merlin, *Rép.* V° *Opposition au mariage.*

il faut naturellement établir le décès ou l'impossibilité qui met le père ou la mère hors d'état de manifester sa volonté.

La preuve du décès résulte le plus souvent de l'acte de l'état civil qui en a été dressé et qui doit être représenté. Mais il peut arriver que le lieu du décès ne soit pas connu, et que par suite on ne puisse produire l'acte de l'état civil. Que doit-on faire alors? On décide généralement qu'il faut appliquer par analogie l'avis du conseil d'Etat des 27 messidor, 4 thermidor an XIII, qui prévoit le cas où les père et mère sont tous deux décédés, et qui admet comme preuve suffisante de leur décès, l'attestation des aïeuls appelés à les remplacer. Dans cette hypothèse, l'attestation du conjoint survivant pourrait donc suppléer à l'acte de décès (1). M. Demolombe ne partage pas cet avis. « Il me semble, dit-il, que » l'on a pu vouloir..... se mettre plus en garde contre » la déclaration du père ou de la mère attestant le » prédécès de son conjoint, que contre la déclara- » tion des aïeuls et aïeules attestant le prédécès » des père et mère. Ne voit-on pas trop souvent » le mari et la femme dans une sorte d'hostilité, » vivant séparés et quelquefois loin l'un de l'autre? » N'est-ce pas souvent aussi sur la question du » mariage de leurs enfants, qu'éclatent entre eux, » avec plus de vivacité, les mésintelligences et les » conflits? Serait-il prudent de se contenter de la » déclaration de l'un d'eux, de celle de la mère » surtout, qui attesterait le décès du père, pour faire

(1) Aubry et Rau, *sur Zach.*, t. III, p. 264, note 23; Duranton, t. II, n° 88; Marcadé, sur l'art. 150, n° 2; Vazeille, t. I, n° 123.

» faire à sa fille ou à son fils un mariage auquel le » père n'aurait pas voulu consentir (1) ? » Mais alors comment résoudre la difficulté ? L'éminent auteur propose de considérer comme présumé absent le conjoint dont le décès n'est pas prouvé, et d'appliquer par analogie l'article 155, qui exige dans ce cas un acte de notoriété.

Quant à l'impossibilité de manifester sa volonté, la loi n'ayant pas déterminé les événements qui la constituent, il faut s'en rapporter, à cet égard, à l'appréciation des magistrats. On peut citer, à titre d'exemple, le cas où le père ou la mère est en état de présomption ou de déclaration d'absence : la preuve de cette impossibilité se fait alors conformément à l'article 155, que nous venons de citer. La simple non-présence ne suffirait pas, par elle-même, à constituer une impossibilité ; mais, jointe à d'autres circonstances, elle pourrait, en fait, en réunir les caractères. C'est ce qui arriverait, s'il était impossible de se procurer le consentement de l'ascendant, par suite d'une interruption de communications occasionnée par la guerre ou par toute autre cause. Citons encore le cas où l'ascendant se trouve atteint d'aliénation mentale, sans être frappé cependant d'interdiction ; le cas où l'ascendant est privé de l'exercice de ses droits civils par l'effet d'une interdiction légale ou judiciaire ; enfin le cas où l'ascendant est déclaré déchu de la puissance paternelle, par application de la loi du 24 juillet 1889. Observons, toutefois, que dans ce dernier cas, les tribu-

(1) Demol, t. III, n° 40, et *Traité des Absents*, n° 314.

naux peuvent maintenir à l'ascendant le droit de consentir au mariage de ses enfants.

Il faut rattacher au cas où l'un des auteurs est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'hypothèse d'un enfant naturel reconnu par un seul de ses auteurs : cet enfant peut donc se marier avec le consentement de celui qui l'a reconnu (Art. 149 et 158).

C. — *Le père et la mère sont tous deux décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.* — Le droit de consentir au mariage passe alors aux ascendants du second degré, et nous savons déjà que ceux-ci peuvent suppléer par leur attestation, au défaut d'acte de l'état civil, pour établir le décès des père et mère. (Avis du conseil d'Etat de l'an XIII).

Si tous les ascendants sont d'accord pour donner ou pour refuser leur consentement au mariage, aucune difficulté n'est possible. Mais dans le cas contraire, comment résoudre le conflit qui pourra s'élever entre les divers ascendants ? Il faut, à cet égard, poser une double règle :

1re *Règle* : Le droit de consentir au mariage appartient concurremment à la ligne paternelle et à la ligne maternelle ; mais en cas de dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement (art. 150, al. 2).

2e *Règle* : Dans chaque ligne, le droit de consentir appartient concurremment à l'aïeul et à l'aïeule ; mais en cas de dissentiment entre eux, le consentement de l'aïeul suffit (art. 150 al. 1). Remarquons

que la solution n'est point ici la même que pour la première règle. Dans le cas présent, c'est-à-dire entre ascendants *d'une même ligne*, le partage n'emporte consentement que si c'est l'aïeul qui consent; le consentement de l'aïeule ne suffit donc pas, tant que l'aïeul existe. Quand, au contraire, le conflit se pose *entre les deux lignes*, il suffit qu'une ligne consente, fût-ce la ligne maternelle, pour que le mariage soit possible. En d'autres termes, la prépondérance du sexe, admise entre ascendants de la même ligne, n'a pas lieu d'une ligne à l'autre : il s'ensuit que si l'une des deux lignes est représentée par une aïeule, le consentement de cette aïeule suffira pour faire échec à la résistance d'un aïeul de l'autre ligne.

De la combinaison de ces deux règles, il résulte que le consentement d'un seul ascendant peut l'emporter parfois sur le refus de trois autres. Soient dans la ligne paternelle, un aïeul et une aïeule; dans la ligne maternelle, également un aïeul et une aïeule : si *l'aïeul* de l'une des deux lignes, quelle qu'elle soit, donne son consentement, tandis que les trois autres ascendants le refusent, le mariage est possible. Dans l'espèce, en effet, l'une des deux lignes consent, puisqu'en cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne, le consentement de l'aïeul suffit; or, le partage entre les deux lignes emporte consentement.

Si les quatre ascendants du second degré sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, leurs droits respectifs passent aux bisaïeuls. Le mot *aïeuls* dont se sert l'article 150 est, en effet, un

terme générique, qui s'applique à tous les ascendants (comp. art. 173 et art. 174 *in principio*).

Il faut naturellement donner la même solution dans le cas où quelques-uns seulement des ascendants du second degré sont décédés ou incapables de manifester leur volonté, de telle sorte qu'il existe des ascendants dans les deux lignes, mais à des *degrés inégaux*. Soient, par exemple, des aïeuls dans une ligne et des bisaïeuls dans l'autre. Il suffira que les bisaïeuls consentent, quoiqu'ils soient d'un degré plus éloigné, pour que le mariage soit possible. En d'autres termes, la prépondérance du degré, pas plus que celle du sexe, n'a lieu d'une ligne à l'autre ; elle ne se fait sentir qu'entre ascendants d'une même ligne. — Cette solution a été contestée. Suivant certains auteurs, ce n'est qu'au cas où les ascendants des deux lignes sont égaux en degré, que le dissentiment entre les deux lignes emporterait consentement. Dans l'hypothèse contraire, le droit de consentir au mariage ou de l'empêcher appartiendrait exclusivement à l'ascendant le plus proche en degré. On fait valoir en faveur de ce système, que la loi défère toujours la tutelle aux aïeuls avant de la déférer aux bisaïeuls (art. 402 et suiv.) (1). Nous ne saurions, en l'absence d'un texte formel, nous rallier à cette opinion. L'article 150 appelle concurremment les deux lignes à consentir au mariage, sans distinguer si les ascendants qui s'y trouvent sont à des degrés égaux ou inégaux. On ne saurait même pas

(1) En ce sens Aubry et Rau, t. V, § 462, note 33 ; Demante, t. I, n° 211 bis ; Valette, *sur Proudh*, t I, p. 397.

invoquer par analogie les dispositions de la loi relatives à la tutelle, car celle-ci est une *charge*, et nous sommes en présence d'un *droit*. La tutelle est onéreuse et ne sied pas à l'extrême vieillesse ; tout autre est le droit de consentir au mariage, qui convient à merveille au grand âge et à l'expérience. Ajoutons que la loi a réglé de façon très différente le droit de consentir au mariage et la délation de la tutelle légitime (art. 150, 402, 404 combinés).

Nous n'avons pas à nous occuper, dans cette troisième hypothèse, des enfants naturels. La reconnaissance n'établit entre eux et leurs père et mère qu'un lien purement personnel, qui ne s'étend pas au degré suivant. Il s'ensuit que si leurs deux auteurs sont morts, ou, ce qui revient au même, s'ils n'ont été reconnus ni par l'un ni par l'autre, ils doivent être rangés dans la catégorie des enfants qui n'ont point d'ascendants, dont nous allons nous occuper.

§ 2. *L'enfant mineur n'a plus d'ascendants.*

Quand l'enfant mineur n'a plus d'ascendants, c'est au *conseil de famille* que la loi confère le droit de consentir au mariage (art. 160). Il faut pour cela justifier du décès de *tous* les ascendants ; or, cette justification n'est pas toujours possible. Pour l'enfant majeur, il y a un texte, l'avis du conseil d'Etat de l'an XIII, qui se contente, sous certaines conditions, de l'assertion de l'enfant lui-même. Mais nous sommes ici en présence d'un mineur, et cette disposition ne lui est pas applicable. Il faudra donc néces-

sairement considérer les ascendants dont on ne justifie pas le décès, comme présumés absents, et procéder comme il est dit à l'article 155.

L'enfant naturel qui a perdu ses père et mère ou qui n'a pas été reconnu, n'a point, légalement parlant, d'ascendants. Mais comme il n'a point non plus de parents, on ne saurait déférer à un conseil de famille le droit de consentir à son mariage. Aussi la loi décide que dans cette hypothèse, un tuteur *ad hoc* sera nommé à l'enfant, pour exercer le droit qui appartient, en principe, au conseil de famille.

La difficulté, dit-on, est de savoir qui nommera ce tuteur. A notre avis, il ne saurait être nommé par un conseil de famille : ce serait tomber dans un cercle vicieux, puisque nous venons de dire que le conseil de famille n'est pas possible pour l'enfant naturel. Assurément nous n'ignorons pas que certains conseils, dits *de famille*, sont uniquement composés d'amis ou de voisins (art. 409); mais il n'en est ainsi que par exception, et la loi paraît avoir écarté cette possibilité pour l'enfant naturel, précisément parce qu'elle eût été pour lui la règle absolue. « *Comme les enfants naturels n'appartien-* » *nent à aucune famille,* disait Portalis au conseil » d'Etat, on ne leur a point appliqué la mesure par » laquelle on appelle les assemblées de parents, » après le décès des père et mère (1). » Le langage du tribun Boutteville au Corps législatif n'est pas moins expressif : après avoir rappelé que les règles

(1) Exposé des motifs de la loi relative au mariage (Séance du 16 Vent. an XI).

posées pour les enfants légitimes sont applicables aux enfants naturels, il ajoute que cependant « les conseils de famille *ne pouvaient pas* les concerner (1).» Aussi croyons-nous logique de décider que le tuteur *ad hoc* dont il est question dans l'article 150, devra être *nommé par le tribunal* (2).

La jurisprudence et la plupart des auteurs rejettent ce système, par la raison que le conseil de famille est l'autorité spécialement désignée par la loi pour nommer les tuteurs ordinaires (art. 405). Mais alors on se trouve dans la nécessité de chercher une explication à l'inconséquence de la loi, qui veut éviter d'abandonner le mariage du mineur aux caprices d'une assemblée composée de personnes indifférentes, et qui s'en rapporte cependant à la décision d'un tuteur *nommé par cette même assemblée.* On dit, pour justifier cette antinomie, que sans doute le tuteur *ad hoc* n'aura pas, au fond, plus d'attachement pour le mineur que n'en aurait un conseil d'amis, mais qu'étant seul chargé de la défense du mineur, il ne pourra rejeter sur d'autres les conséquences de son incurie; sa responsabilité étant plus limitée, il en sentira davantage le poids, il en comprendra mieux les devoirs et s'efforcera de les remplir avec plus de conscience. Sans discuter la valeur de ces raisons, bornons-nous à faire remarquer qu'elles militeraient aussi bien pour la nomination d'un tuteur *ad hoc* au cas de mariage d'un enfant légitime, et que cependant la loi n'a pas cru devoir en tenir compte.

(1) *Ibid.* (Séance du 26 Vent. an XI).

(2) V. en ce sens Duc. Bonn. et Roust. sur l'art. 159; Laurent, t. II, n° 342.

Section II

Comment et à quel moment le consentement doit être donné

L'article 73 est ainsi conçu : « L'acte authentique » du consentement des père et mère ou aïeuls et » aïeules, ou, à leur défaut, de celui de la famille, » contiendra les prénoms, noms, professions et » domiciles du futur époux et de tous ceux qui » auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de » parenté. »

A prendre cet article à la lettre, il faudrait décider que le consentement doit toujours être donné par écrit; mais cette solution serait beaucoup trop absolue. Il est universellement admis que cet article n'a point pour but d'exclure le consentement verbal, mais simplement de déterminer les formes du consentement écrit. Lorsque les personnes dont le consentement est requis assistent au mariage, il n'est donc pas nécessaire que leur consentement soit constaté par un acte particulier : elles le donnent alors verbalement à l'officier de l'état civil. Mais ce mode de procéder n'est pas toujours possible. Il peut se faire que le grand âge des ascendants ou toute autre cause les empêche de se transporter au lieu de la célébration du mariage, et la difficulté est plus grande encore lorsqu'il s'agit d'y réunir tous les membres d'un conseil de famille. Dans ces divers cas, le consentement peut être donné d'avance, mais

il doit l'être par *acte notarié*, dont les parties remettent une expédition à l'officier de l'état civil.

Le consentement doit-il être spécial et s'appliquer à tel mariage déterminé, ou peut-il être donné d'une façon générale, pour tout mariage que l'enfant voudra contracter ? Cette question ne se pose évidemment pas pour le consentement donné de vive voix à l'officier de l'état civil : un pareil consentement est nécessairement spécial, puisqu'il ne peut être donné qu'au moment même du mariage, c'est-à-dire en présence de la personne qui en fait l'objet. Mais le consentement donné d'avance par acte notarié doit-il désigner individuellement la personne que l'enfant peut épouser ?

La plupart des auteurs soutiennent l'affirmative, comme étant plus conforme à l'esprit de la loi. « Que veut la loi, dit-on, lorsqu'elle confie aux ascendants le droit de consentir au mariage ou de l'empêcher ? Que leur expérience profite à l'enfant, qu'elle le dirige, qu'elle puisse, en un mot, le préserver d'un engagement malheureux et irréparable. Or, cette mission n'est pas et ne peut pas être remplie, lorsque l'ascendant dit à son enfant : « Fais au gré de tes désirs, épouse qui tu voudras. » Il n'exerce pas alors sa puissance paternelle ; il l'abdique ! Et l'on invoque aussitôt l'article 1388, qui défend de renoncer, même par contrat de mariage, aux droits résultant de cette puissance. Enfin on tire argument de la législation romaine, et l'on cite la loi 34 *de Ritu nuptiarum*, qui déclare, nous l'avons vu, que le mandat général de chercher un époux n'emporte pas consentement au mariage.

Pour notre part, nous n'admettons pas cette interprétation. La loi a pris soin de spécifier dans l'article 73, que l'acte authentique du consentement doit désigner individuellement certaines personnes. Or, tandis que l'on y trouve mentionné l'enfant qui doit bénéficier de l'autorisation, on n'y voit point figurer la personne qu'il doit épouser. Il nous paraît que, dans ces conditions, le silence de la loi équivaut à une consécration formelle de l'inutilité d'une autorisation spéciale. Cette solution est, d'ailleurs, commandée par la nécessité des choses. Tous les jours, des fils de famille s'en vont chercher au loin un établissement; en pareil cas, la nécessité d'obtenir un consentement spécial pourrait apporter à la conclusion d'un mariage avantageux un obstacle indéfini. Pourquoi donc refuser à un père, plein de confiance dans la sagesse de son fils, le droit de lui donner un consentement anticipé? On objecte qu'il est défendu de renoncer aux droits de la puissance paternelle, et l'on invoque l'article 1388, qui fait une application de ce principe en interdisant d'insérer pareille clause dans un contrat de mariage. Nous croyons que cet argument porte à faux, car le père qui donne ainsi son consentement par anticipation, ne renonce en aucune manière à ses prérogatives; il reste, en effet, complètement libre, s'il s'aperçoit que son fils ne mérite plus sa confiance, de reprendre le consentement qu'il a donné. On comprend, d'ailleurs, à merveille la disposition de l'article 1388; car, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, s'il eût été permis au père d'abdiquer son

droit de puissance, il ne lui eût pas été possible de revenir ensuite sur sa décision. Mais, encore une fois, il ne s'agit point dans notre hypothèse d'*abdication* ni de renonciation, et l'article 1388 est complètement étranger au débat. Enfin, quant aux lois romaines, il n'est pas établi qu'elles aient inspiré, sur ce point, notre législateur moderne ; il faut donc les écarter de la présente controverse (1).

C'est *au moment même du mariage*, que la loi requiert le consentement des ascendants ou de la famille. Le consentement donné par acte notarié n'a donc d'utilité que s'il *existe encore* à l'époque de la célébration du mariage, dont il est un élément de validité. On peut en déduire une double conséquence :

1° Si l'ascendant qui a consenti au mariage vient à mourir ou à être interdit avant sa célébration, son consentement doit être considéré comme non-avenu. L'enfant qui l'avait obtenu doit donc en obtenir un nouveau, celui des parents sous l'autorité desquels il se trouve *actuellement* placé. A défaut de ce consentement, le mariage doit être déclaré nul, sauf, bien entendu, les effets de la bonne foi (Art. 201 et 202).

2° L'ascendant qui a donné son consentement à l'avance peut le *révoquer*, auquel cas le mariage n'est pas possible. Cette révocation peut avoir lieu, soit au moyen d'une opposition au mariage, soit par le retrait de l'acte de consentement qui avait été remis à l'enfant, soit enfin par une notification faite à l'une et l'autre partie.

Ce droit de révocation n'est pas douteux dans

(1) En ce sens Aubry et Rau, t. v, § 466, note 6 ; Duc. Bonn. et Roust. sur l'art. 73.

l'état actuel de notre législation. Mais est-il absolument justifiable? Nous sommes loin de le penser. Nous ne prétendons assurément pas contester au père le droit de refuser son consentement au mariage; nous lui concédons même celui de le révoquer *pour de justes motifs*; mais nous ne concevons pas qu'il puisse reprendre arbitrairement et sans motif le consentement qu'il avait donné. Dans son exposé des motifs de la loi sur le mariage, Portalis, reproduisant un mot de Montesquieu (1), fonde le consentement des parents « sur leur amour, » sur leur raison et sur l'incertitude de celle de » leurs enfants (2). » Si donc les parents prenaient d'autres guides que leur amour et leur raison, la confiance du législateur serait trahie et son intention éludée. Or, chez qui doit-on plutôt supposer cette incertitude de raison, incapable de prendre un parti sage et déterminé, ou chez les enfants, qui, sur la foi de l'autorisation paternelle, se sont laissé prendre à des liens qu'ils ne peuvent plus rompre, ou chez les parents, qui, tour à tour, consentent et se rétractent, qui révoquent un consentement authentique donné avec connaissance et liberté, se jouant ainsi des liens du cœur et de la foi des promesses? Notre ancienne législation nous paraît avoir donné, sur ce point, la juste mesure des pouvoirs du père, en lui refusant le droit de révoquer son consentement pour des motifs qu'il pouvait prévoir au moment où il l'a donné. Dans le cas, en

(1) *Esprit des lois*, Liv. 3, ch. 7.

(2) Séance du 16 Ventose an XI.

effet, où les parents pouvaient prévoir ces motifs à l'époque où ils ont donné leur consentement, ils sont inexcusables d'avoir, en le donnant, favorisé le développement d'une passion naissante, et ils devraient être logiquement déclarés non recevables à en imposer à leur enfant le douloureux sacrifice.

Section III

Précautions prises par le législateur pour assurer l'accomplissement de l'obligation imposée aux mineurs.

Le législateur a pris certaines mesures *préventives* destinées à assurer l'accomplissement des obligations qu'il a prescrites. Il faut signaler, dans cet ordre d'idées, les publications de mariage et les oppositions.

§ 1. *Des publications de mariage*

Les publications qui doivent précéder la célébration du mariage, ont principalement pour but d'avertir les personnes qui ont connaissance de quelque empêchement, afin qu'elles en donnent avis à l'officier de l'état civil, soit officieusement, soit par une opposition en forme.

Chacun sait qu'il faut, en principe, deux publications, faites à huit jours d'intervalle, à la municipalité du domicile de chacune des parties contrac-

tantes. Nous n'insisterons pas sur ce point, pour rester dans les limites de notre sujet; notons seulement l'article 168, qui s'y rattache étroitement : « Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, » relativement au mariage, sous la puissance » d'autrui, les publications seront encore faites à la » municipalité du domicile de ceux sous la puissance » desquels elles se trouvent. »

Lorsque l'enfant mineur n'a point d'ascendants, le droit de consentir à son mariage appartient, non pas isolément à chacun des parents appelés à composer le conseil de famille, mais au conseil de famille dans son ensemble. Ce n'est donc pas au domicile de chacun de ses membres, qu'il faut faire les publications prescrites par la loi, mais au domicile du conseil de famille lui-même, c'est-à-dire dans la commune où il s'assemble. Or, comme le conseil s'assemble toujours au domicile du mineur, l'article 168 est nécessairement sans application dans cette hypothèse.

§ 2. *Des oppositions au mariage*

Les publications de mariage font surgir les oppositions. On entend par opposition l'acte par lequel certaines personnes, qui ont qualité à cet effet, font, par ministère d'huissier, défense à un officier public de procéder à la célébration d'un mariage. L'officier public doit surseoir à cette célébration jusqu'à ce que les futurs époux lui rapportent un désistement ou une mainlevée de l'opposition. S'il passe outre, il encourt une amende de trois cents

francs, sans préjudice de tous dommages-intérêts.

Il serait oiseux de rechercher ici d'une façon générale, par quelles personnes et pour quelles causes le droit d'opposition peut être exercé. Nous n'avons à nous occuper de ce droit que par rapport au consentement des parents et de la famille. L'utilité de l'opposition dans cette hypothèse s'aperçoit facilement. Nous verrons, en étudiant la sanction de la nécessité du consentement paternel, que l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage sans s'assurer que ce consentement a été obtenu, s'expose à des peines sévères; mais il peut arriver que, par un concours de circonstances, soit fortuites, soit habilement amenées (1), la bonne foi de l'officier soit surprise, et qu'il prête ainsi son intervention à un acte frauduleux. Il importe donc qu'il puisse être régulièrement instruit de l'empêchement qui s'oppose à la célébration du mariage. Il est vrai qu'indépendamment de toute opposition, la violation de la loi eût amené la nullité du mariage; mais, on l'a dit avec beaucoup de raison, mieux vaut *prévenir* que *punir*.

Lorsqu'il existe des ascendants, c'est à eux que revient naturellement le droit de faire opposition. Ce droit appartient tout d'abord au père; il ne passe à la mère qu'à défaut du père. Si le père est vivant et en état de manifester sa volonté, la mère n'a donc point qualité pour faire une opposition *légale*; la

(1) On peut supposer, par exemple, qu'on ait produit à l'officier de l'état civil un faux acte de consentement des parents, ou encore un faux acte de naissance présentant comme majeur un enfant mineur.

voie de l'opposition *officieuse* lui est seule ouverte.

A défaut des père et mère, la loi appelle « les aïeuls et aïeules », ou, plus exactement, les aïeuls, et, à défaut d'aïeuls, les aïeules : car, si le droit d'opposition n'appartient à la mère qu'à défaut du père, pourquoi, en l'absence des père et mère, appartiendrait-il concurremment au grand-père et à la grand'mère ? Les deux cas sont semblables : la logique demande qu'ils soient assimilés. Ainsi le droit d'opposition n'appartient pas collectivement aux aïeul et aïeule *de la même ligne* : l'aïeule n'y peut prétendre qu'à défaut de l'aïeul. Il en est différemment à l'égard des aïeuls et aïeules *des deux lignes* : le droit d'opposition leur appartient concurremment. Si donc il existe un aïeul dans une ligne et une aïeule dans l'autre, l'opposition peut être formée aussi bien par l'aïeule que par l'aïeul.

En résumé, il faut suivre, quant au *droit d'opposition*, l'ordre tracé par les articles 149 et 150, quant au *droit de consentir au mariage*. Toutefois, il est généralement admis qu'une ligne peut s'opposer au mariage, quoique l'autre consente. Il est vrai que dans ce cas, le mariage est possible, puisque le partage entre les deux lignes emporte consentement ; néanmoins, comme le droit d'opposition appartient aux deux lignes, l'une d'elles ne peut pas, en donnant son consentement, faire tomber indirectement le droit de l'autre. Qu'on ne dise point, d'ailleurs, qu'une pareille opposition est inutile. Sans doute, elle sera nécessairement levée, puisqu'en définitive, le mariage est possible ; mais elle aura toujours cet effet de *retarder* pendant un certain

temps la célébration d'un mariage peut-être inconvenant; or, qui sait si ce délai ne suffira pas à l'enfant pour se dégager des entraves d'une passion aveugle ?

Nous avons vu qu'à défaut d'ascendants, le droit de consentir au mariage appartient au conseil de famille. Il semble que c'est à lui que devrait appartenir également le droit d'opposition; cependant telle n'est point la solution de la loi. Elle accorde ce droit à certaines personnes, sans distinguer si elles font ou non partie du conseil de famille. Ces personnes sont :

1° Certains collatéraux de l'enfant, savoir : ses frères et sœurs, ses oncles et tantes, ses cousins et cousines germains. La loi n'établit entre ces collatéraux aucune hiérarchie; ils peuvent donc exercer concurremment le droit d'opposition. Une seule condition est exigée : la majorité de l'opposant.

2° Le tuteur ou le curateur, qui exerce son droit concurremment avec les collatéraux et sous la seule condition de se faire autoriser par le conseil de famille.

On voit combien est restreint le rôle du conseil de famille en matière d'opposition au mariage, puisqu'il se borne à autoriser le tuteur, auquel il ne peut pas, d'ailleurs, forcer la main.

Section IV

Sanction de l'obligation imposée aux mineurs

La loi ne se contente pas de mesures préventives

pour assurer le respect de ses prescriptions ; elle en punit la *violation* par une double sanction : l'une pénale, frappant l'officier public qui a contrevenu aux dispositions légales ; l'autre civile, consistant dans la nullité du mariage.

§ 1. *Peines édictées contre l'officier public*

Un double fait est prévu par la loi :

Ou bien l'officier de l'état civil a célébré le mariage sans *s'assurer* du consentement des ascendants ou de la famille. Ce délit est prévu et réprimé par l'article 193 du code pénal, qui prononce une amende de 16 à 300 francs et un emprisonnement de six mois à un an contre l'officier délinquant.

Ou bien le consentement requis a été obtenu, l'officier public s'en est même assuré, mais il a négligé d'en *faire mention* dans l'acte de célébration du mariage. Cette omission est prévue et punie par l'article 156 du code civil, qui prononce une amende de 300 francs au plus, sans en fixer le minimum, et un emprisonnement de six mois au moins, dont le maximum n'est pas déterminé.

On a soutenu qu'en se bornant à punir l'officier public qui ne s'est pas assuré du consentement nécessaire à la validité du mariage, l'article 193 du code pénal avait tacitement abrogé l'article 156 du code civil, qui punit même le défaut de mention de ce consentement dans l'acte de célébration du mariage (1). Mais cette abrogation nous paraît

(1) En ce sens : Carnot, sur l'art. 193. P. ; Demante, t. I, p. 313 ; Duc. Bonn. et Roust. sur l'art. 156.

formellement démentie par le code pénal lui-même, qui, dans son article 195, prend soin de nous dire que la peine établie par l'article 193 sera appliquée *sans préjudice des autres dispositions du titre V du livre 1er du code civil* (1).

Deux faits punissables sont donc prévus, l'un par l'article 193 du code pénal, l'autre par l'article 156 du code civil. Celui-ci, moins grave que le premier, est aussi moins sévèrement puni, car le minimum de l'amende n'est pas fixé. On ne saurait, d'ailleurs, soutenir que, le maximum de l'emprisonnement n'étant pas non plus fixé, la peine pourra être plus sévère : il est impossible d'admettre que l'on puisse dépasser, dans l'application de cette peine, le maximum fixé par le code pénal pour une faute beaucoup plus grave.

Remarquons, en terminant, que l'abrogation de l'article 156 eût été fort regrettable; car la mention du consentement des parents dans l'acte de célébration peut avoir une réelle importance, et son omission peut entraîner des conséquences irréparables. En effet, lorsque le consentement a été donné verbalement, au moment même de la célébration, cette omission prive les époux du seul moyen de prouver qu'ils l'ont obtenu, et les expose ainsi à la nullité du mariage.

§ 2. *Nullité du mariage*

A. — Cas où il y a lieu de prononcer la nullité

On peut poser en principe qu'il y a lieu de

(1) Demolombe, t. I, n° 91.

prononcer la nullité du mariage dans tous les cas où le consentement requis par la loi n'a pas été obtenu.

C'est d'abord le cas où l'enfant, légitime ou naturel, s'est marié sans le consentement de ses *ascendants*.

C'est ensuite le cas où l'enfant légitime, n'ayant point d'ascendants, s'est marié sans le consentement d'un *conseil de famille*.

Ce devrait être enfin, semble-t-il, le cas où l'enfant naturel, orphelin ou non reconnu, s'est marié sans le consentement d'un *tuteur ad hoc*. Mais la loi ne semble pas avoir édicté, dans cette hypothèse, la nullité du mariage, et son silence nous défend de créer cette nullité par analogie. Nous allons, d'ailleurs, retrouver cette question, en recherchant les personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité du mariage.

B. — Caractères de la nullité

Une distinction fondamentale domine la matière des nullités de mariage : les unes sont *absolues* et perpétuelles, les autres sont *relatives* et temporaires. Les premières peuvent être invoquées par toute personne intéressée et à toute époque ; elles sont, d'ailleurs, insusceptibles de se couvrir par l'effet d'une renonciation. Les secondes ne peuvent être invoquées que par certaines personnes limitativement déterminées par la loi et seulement pendant un certain temps ; ces personnes sont, d'ailleurs, toujours libres de renoncer à leur droit et de couvrir ainsi la nullité du mariage par une ratification expresse ou

tacite. C'est dans cette dernière catégorie de nullités, qu'il faut ranger celle qui provient du défaut de consentement des parents.

Le mariage contracté sans ce consentement n'est donc pas entaché d'une nullité perpétuelle et irrévocable. Ce n'est pas un mariage *valable*, mais ce n'est pas non plus un mariage absolument *nul* : c'est un mariage *annulable*. La nullité dont il est infecté n'est que conditionnelle : certaines personnes, dont il blesse l'intérêt, ont contre lui une action en nullité, qu'elles sont maîtresses d'exercer ou d'abandonner. Prennent-elles le premier parti : le mariage dont la nullité a été vérifiée et prononcée en justice est à considérer comme s'il n'avait jamais existé. Prennent-elles le second : le mariage est censé avoir toujours été valable ; le vice originel dont il était entaché se trouve rétroactivement effacé.

Ainsi donc, nullité *relative*, c'est-à-dire ne pouvant être invoquée que par certaines personnes ; nullité *temporaire*, c'est-à-dire susceptible de se couvrir, soit par l'expiration d'un certain délai, soit même, avant l'expiration de ce délai, par l'effet d'une renonciation : tels sont les deux caractères que nous allons maintenant étudier.

C. — Personnes qui peuvent invoquer la nullité

L'article 182, siège de la matière, est ainsi conçu :

« Le mariage contracté sans le consentement des » père et mère, des ascendants ou du conseil de » famille, dans le cas où ce consentement était » nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont

» le consentement était requis, ou par celui des » deux époux qui avait besoin de ce consentement. »

Aux termes de cet article, deux classes de personnes peuvent demander la nullité :

a. Celui ou ceux dont le consentement était requis.

b. Celui ou ceux qui avaient besoin de ce consentement.

a. Personnes dont le consentement était requis

C'est *au moment de la célébration du mariage* qu'il faut se reporter pour connaître ces personnes. Quelques auteurs enseignent, il est vrai, que l'action en nullité appartient à tous ceux qui ont *actuellement* l'exercice de la puissance paternelle, alors même qu'ils ne l'auraient pas eu antérieurement. Mais quoique cette théorie se recommande de l'autorité considérable de plusieurs jurisconsultes(1), nous ne saurions nous résoudre à l'accepter, car elle nous paraît incompatible avec la formule de l'article 182 : « Le mariage ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement *était* requis. » L'argument de texte est ici d'autant plus décisif, que rien, dans les travaux préparatoires du code, ne vient éclairer la question. Il s'agit, d'ailleurs, d'une nullité relative, ce qui rend la restriction parfaitement vraisemblable. Enfin, s'il y a un doute, il doit être interprété dans le sens de la validité du mariage.

L'action en nullité appartient donc à ceux dont le consentement *aurait dû être* et n'a pas été obtenu.

(1) V. notamment Demolombe, t. III, nos 272 et 273.

S'ils gardent le silence, s'ils meurent, soit avant d'avoir intenté l'action, soit même après, mais au cours de l'instance, l'action meurt avec eux : car, à tort ou à raison, la loi veut qu'elle ne soit exercée que par eux.

Appliquons maintenant ce principe aux différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

1° *Défaut de consentement des père et mère.* — Un mineur se marie avec le consentement de son père, mais sans consulter sa mère. Il va d'abord de soi que l'action en nullité n'appartient pas au père, puisqu'il a consenti. On décide généralement aussi qu'elle n'appartient pas non plus à la mère ; car son consentement, quand le père donne le sien, n'est pas nécessaire.

Allons plus loin : supposons que le mineur se marie sans consulter ni son père ni sa mère. Que le père puisse alors demander la nullité, cela est de toute évidence. Mais la mère le peut-elle également? Elle ne le peut certainement pas tant que son mari est vivant et capable d'agir; car le silence gardé par lui équivaut à une approbation tacite, et, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. Mais si le mari meurt ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté avant que la nullité ne soit couverte, la mère pourra-t-elle alors s'en prévaloir? C'est ici que nous nous séparons de la doctrine reçue par d'éminents jurisconsultes. Oui, diront ces auteurs, la mère peut exercer l'action en nullité, parce qu'elle possède *actuellement* l'exercice de la puissance paternelle. Non, dirons-nous, la mère n'a pas ce droit : car, s'il est vrai qu'elle a bien actuel-

lement l'exercice de la puissance paternelle, elle ne l'avait pas *au moment du mariage*, et c'est alors seulement que l'article 182 ouvre le bénéfice de l'action en nullité (1). Mais, objectera-t-on, le consentement de la mère était requis comme celui du père. Oui, sans doute, si l'on prend le mot *requis* dans son acception la plus large et la moins juridique; mais il n'était pas requis, dans le sens naturel et légal du mot, c'est-à-dire exigé à peine de nullité; en d'autres termes, il n'était pas *indispensable*. La preuve en est qu'en cas de dissentiment, on aurait pu passer outre. Or, un consentement dont, à la rigueur, on aurait pu se passer, n'est point un consentement véritablement requis, c'est-à-dire absolument nécessaire.

Supposons maintenant l'espèce suivante : le père était, à l'époque du mariage, dans l'impossibilité de manifester sa volonté. C'était donc le consentement de la mère qu'il fallait obtenir ; or, l'enfant ne l'a pas demandé. Plus tard, le père recouvre l'exercice de ses droits et prétend exercer l'action en nullité. Le pourra-t-il ? La mère, au contraire, aura-t-elle les mains liées par le refus du père ? C'est l'opinion d'excellents auteurs (2) ; mais, encore une fois, nous ne saurions l'admettre ; car elle nous paraît manifestement contraire au texte de la loi. Selon nous, le père ne pourra, sous aucun prétexte, demander la nullité du mariage. Que dit, en effet, l'article 182 ? Il dit que le mariage ne peut être

(1) V. Marcadé, sur l'art. 182, n° 2.

(2) Demolombe, t. III, n° 273 ; Duranton, t. II, n° 288.

attaqué que *par ceux dont le consentement était requis*. Or, dans notre hypothèse, c'était le consentement de la mère, qui était requis, et non pas celui du père, puisqu'il était dans l'impossibilité de le donner. C'est donc à la mère, et à la mère seule, qu'appartient le droit d'exercer l'action. Mais ce droit qui lui appartient, parce qu'il est né dans sa personne, pourra-t-elle le faire valoir? Eh! pourquoi pas? Sans doute elle n'a point actuellement l'exercice de la puissance paternelle, puisque son mari l'a recouvré; mais l'article 182 n'exige pas cette condition; il suffisait qu'elle l'eût au moment du mariage. On objecte que reconnaître à la mère le droit d'agir, ce serait introduire l'anarchie dans la famille, bouleverser sa discipline, rendre illusoire ou tout au moins blesser profondément l'autorité maritale. Nous n'apercevons pas la justesse de ces griefs; car il est bien évident que la mère ne pourra demander la nullité, comme elle ne pourrait exercer toute autre action, *qu'avec l'autorisation de son mari ou de la justice*. Il n'est donc pas ici dérogé aux lois qui régissent la puissance maritale.

Ce que nous disons de la mère, nous le dirions également des ascendants et du conseil de famille, dans le cas où, par suite de l'incapacité simultanée du père et de la mère, le droit de consentir au mariage leur serait échu. La situation est, en effet, la même, et tous les arguments qu'on peut invoquer à l'appui du droit de la mère ont la même force à l'égard des ascendants et du conseil de famille (1).

(1) Cf. Allemand, t. I, nos 577 et 578.

Nous pensons, d'ailleurs, et ici nous nous rencontrons avec les auteurs que nous avons combattus, que le père revenu de son incapacité n'aurait pas qualité pour ratifier le mariage et paralyser ainsi indirectement l'exercice de l'action en nullité. *Ratifier*, c'est renoncer au droit de faire annuler un acte ; et, par suite, quiconque n'a pas le droit d'annuler ne peut pas non plus ratifier.

2° *Défaut de consentement des aïeuls et aïeules.* — Lorsque le père et la mère étaient, au moment du mariage, décédés ou incapables de manifester leur volonté, c'est aux aïeuls et aïeules qu'appartient, avec le droit de consentir, le droit de demander la nullité. Toutefois, comme en cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, le consentement de l'aïeul suffit, il en résulte que le droit d'intenter l'action n'appartient pas à l'aieule, dans le cas où son mari était capable de manifester sa volonté à l'époque de la célébration du mariage.

De même, comme le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement, l'une des lignes ne peut intenter l'action qu'autant que l'autre ne ratifie pas. Aussi décide-t-on généralement que si les parents d'une ligne demandaient la nullité et que ceux de l'autre ligne gardassent le silence, la mise en cause de ces derniers pourrait être ordonnée, soit sur la demande de l'enfant, soit même d'office, pour les forcer à s'expliquer. Nous pensons qu'il faut aller plus loin et décider que le tribunal serait *obligé* d'ordonner cette mise en cause : car, selon nous, l'une des lignes n'a pas qualité pour agir seule ; il faut le concours des deux lignes pour la validité

de l'action. En effet, par le fait même que l'une d'elles refuse de s'associer à l'autre dans l'exercice de l'action en nullité, elle est censée renoncer au droit d'intenter cette action, ce qui équivaut à une ratification tacite du mariage (art. 183). Aussi n'avons-nous même pas à discuter la question de savoir si les aïeuls non mis en cause pourraient intervenir de leur propre mouvement, soit en première instance, soit en cause d'appel. Il nous paraît évident qu'ils le peuvent; mais cette intervention n'a point, selon nous, sa raison d'être, puisque nous venons de voir que leur simple silence doit être considéré par le juge comme une ratification du mariage, ratification suffisante pour constituer une fin de non-recevoir à l'action des autres parents.

Lorsque les aïeuls et aïeules qui avaient le droit de consentir au mariage, viennent à mourir ou à se trouver dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'action en nullité dont ils étaient nantis s'éteint naturellement avec eux; elle ne passe ni à leurs héritiers, ni aux ascendants du degré supérieur. Les bisaïeuls ne peuvent, en effet, demander la nullité du mariage, que dans le cas où leur consentement était requis au moment même du mariage, c'est-à-dire dans le cas où ils étaient à cette époque les seuls ascendants capables de manifester leur volonté.

3° *Défaut de consentement du conseil de famille.* — Lorsqu'un mineur qui n'a plus d'ascendants s'est marié sans le consentement du conseil de famille, l'action en nullité n'appartient pas individuellement à chacun des membres qui composaient ce conseil,

mais bien au conseil de famille collectivement. Ce n'est point, en effet, leur consentement individuel qui était requis, mais celui du conseil de famille considéré comme personne morale et civile. Toutefois, comme le conseil de famille ne peut pas l'exercer lui-même, il chargera soit le tuteur, soit tel autre de ses membres, de l'exercer en son nom. Nous disons *tout autre membre*, car il ne s'agit pas ici d'une action basée sur le droit du mineur, ce qui rendrait le tuteur seul habile à l'exercer (art. 450), mais d'une prérogative que la loi confère au conseil de famille, lequel peut en déléguer l'exercice à tout autre que le tuteur (1).

Le droit d'intenter l'action en nullité n'appartient-il qu'au conseil de famille *existant lors du mariage*, de telle sorte qu'après la mort de tous ses membres, la nullité se trouverait nécessairement couverte ? La négative nous paraît évidente. Le conseil de famille est une personne morale, qui ne meurt pas avec ses membres, mais dont l'existence se prolonge après le décès de ceux-ci. Il est donc vrai de dire du conseil de famille *actuel*, qu'il est bien celui dont le consentement était requis pour la validité du mariage. La solution contraire se heurterait, d'ailleurs, à un très grave inconvénient pratique. Supposons, en effet, qu'un mineur se soit marié sans le consentement du conseil de famille. S'il a pris la peine de provoquer la réunion de ce conseil pour lui *demander* son autorisation, il sera facile de le reconstituer tel qu'il était au moment où il a refusé cette autorisation. Mais si le mineur, doublement irrespectueux

(1) V. Dalloz, *Rép.* V° *Mariage*, N° 479, et les autorités qu'il cite.

des prescriptions légales, s'est marié sans même en demander l'autorisation, comment sera-t-il possible d'établir les personnes dont le consentement était requis pour la validité du mariage ? Dira-t-on que le conseil de famille compétent pour demander la nullité sera composé, conformément à l'article 407, des six plus proches parents du mineur *au moment du mariage* ? Rien de mieux s'il se trouve précisément six personnes réunissant les qualités requises ; mais que faire s'il y en a davantage ? Que faire également s'il y en a moins et qu'on soit obligé de recourir à des amis ou à des voisins ? Il y aurait là une difficulté insurmontable dans le système que nous combattons. Il faut donc admettre à l'exercice de l'action en nullité le conseil de famille *actuel* du mineur, fût-il composé de six personnes différentes de celles qui ont été ou qui auraient dû être appelées à se prononcer sur son mariage.

Les trois classes de personnes que nous venons d'énumérer, savoir : les père et mère, les aïeuls et aïeules et le conseil de famille, ont sans conteste le droit de demander la nullité du mariage pour défaut de consentement. Il n'est pas douteux non plus que les mêmes principes soient applicables à l'enfant naturel reconnu qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère. Mais faut-il également admettre le tuteur *ad hoc* à demander la nullité du mariage que l'enfant naturel orphelin ou non reconnu a contracté sans son autorisation ? Nous avons par avance résolu cette question, en écartant *de plano* la nullité du mariage dans cette hypothèse. Mais les auteurs mêmes qui admettent cette nullité, sont à

peu près unanimes (1) pour refuser au tuteur *ad hoc* le droit de l'exercer. Le silence de la loi est l'argument le plus puissant qu'ils invoquent, et avec raison, selon nous, en faveur de ce système. La loi a pris soin d'énumérer dans l'article 182 les personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité du mariage, et le tuteur *ad hoc* ne s'y trouve pas compris. Or, cette énumération n'aurait aucun sens, si elle n'était point limitative. D'ailleurs, le tuteur *ad hoc* est nommé pour une affaire spéciale ; sa mission est par conséquent temporaire ; la loi ne lui confère qu'un seul droit, celui de donner son consentement au mariage. C'est en quelque sorte un mandataire *ad unam rem*, dont le pouvoir expire dès qu'il l'a une fois exercé.

Si l'on admet ainsi la nullité du mariage et l'impossibilité pour le tuteur *ad hoc* de l'invoquer, il ne reste naturellement qu'une seule personne capable de faire valoir cette nullité : c'est l'enfant naturel lui-même, qui avait besoin du consentement de ce tuteur et qui ne l'a pas obtenu.

b. Conjoints qui avaient besoin du consentement d'autrui

Le droit accordé à l'enfant de provoquer lui-même la nullité du mariage qu'il a contracté au mépris de l'autorité de sa famille, paraît mal se concilier avec la faute qu'il a commise. Notre ancienne législation lui refusait ce droit, si contraire

(1) V. toutefois en sens contraire Berriat-Saint-Prix, *Notes sur le code civil.*

à la règle : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Sans vouloir exagérer l'extension pratique de cet adage, il est permis, en le rappelant, de s'étonner que le code civil ait admis l'enfant à faire annuler un mariage qu'il peut avoir très librement contracté. Ce n'est point, d'ailleurs, sans difficulté, que les rédacteurs du code se sont résignés à faire le sacrifice d'un principe conforme à la raison et consacré par une pratique séculaire. Une longue et laborieuse discussion s'engagea sur ce point, au cours des travaux préparatoires (1), et nous y voyons que le ministre de la justice était un partisan résolu du maintien des anciennes traditions. Quoi qu'il en soit, le texte de l'article 182 est formel : l'époux lui-même peut aujourd'hui demander la nullité du mariage qu'il a contracté en violation de la loi et de l'autorité domestique. On a considéré que sa faute est née de sa faiblesse, qu'entraîné et séduit, il n'a pu se dérober aux dangers de son inexpérience.

Il ne saurait y avoir le moindre doute, ni sur le droit de l'enfant légitime, ni sur celui de l'enfant naturel reconnu et en puissance de ses père et mère ; mais une grave discussion s'est élevée à propos des enfants naturels orphelins ou non reconnus. Nous avons déjà résolu la première partie de la difficulté qui les concerne, en refusant à leur tuteur *ad hoc* le droit d'exercer l'action en nullité. Ici se présente l'autre face de la controverse : le droit de provoquer la nullité du mariage appartient-il au moins à l'enfant naturel lui-même ?

Beaucoup d'auteurs enseignent l'affirmative, qui

(1) V. Locré, t. IV, p. 416 et suiv.

leur paraît seule conforme à la raison et à l'esprit de la loi. Et d'abord, dit-on, puisque le législateur a voulu protéger l'enfant naturel en le soumettant à la nécessité d'obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, il ne semble pas possible d'admettre qu'il ait voulu en même temps rendre cette protection inefficace, en lui refusant l'action en nullité dans le cas où ce consentement n'aurait pas été obtenu. On ajoute que d'après l'économie générale du code, la nullité doit être prononcée dans cette hypothèse, puisque le législateur a attaché cette peine au défaut de consentement de la famille ou des personnes qui en tiennent lieu, dans tous les cas où ce consentement est nécessaire. S'il n'a point parlé formellement du tuteur *ad hoc* dans l'article 182, c'est qu'il a jugé cette mention inutile, le consentement du tuteur se confondant à ses yeux avec celui du conseil de famille dont il est le représentant. On invoque à l'appui de cette affirmation certaines conséquences bizarres qui résulteraient de la théorie contraire. « C'est ainsi, dit notamment M. Demolombe, qu'il » faudrait, d'une part, affranchir de toute pénalité » l'officier de l'état civil qui aurait célébré le ma- » riage d'un enfant naturel mineur de vingt-un » ans, sans exiger le consentement du tuteur *ad hoc*, » et d'autre part, condamner à l'amende et à l'em- » prisonnement l'officier de l'état civil qui n'aurait » pas exigé d'un enfant naturel majeur de vingt- » cinq ans la représentation des actes respectueux » qu'il devait faire à ses parents! Inconséquence » évidente, mais nécessaire, si les mots: *famille* et » *conseil de famille* ne comprennent pas le tuteur

» *ad hoc*. Car, d'une part, l'article 156 ne se servant » que de ces mots, ne s'appliquerait pas au tuteur » *ad hoc*, tandis que, d'autre part, l'article 157 com- » prend certainement tous les cas où des actes res- » pectueux doivent être faits, même par des enfants » naturels (1). »

Malgré ces raisons, en apparence fort séduisantes, nous n'hésitons pas à accorder nos préférences au système contraire. La loi paraît avoir repoussé d'une façon bien formelle la nullité du mariage dans notre hypothèse. L'article 182 n'autorise, en effet, l'époux à demander la nullité du mariage, que pour défaut de consentement *des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille*. Il ne parle pas du tuteur *ad hoc;* et son silence ne peut avoir l'oubli pour excuse, car l'attention du législateur a été soigneusement attirée sur ce point spécial. On lit, en effet, dans les travaux préparatoires du code, que le Tribunat ayant proposé l'addition de ces mots : *du tuteur ou du curateur*, à la suite de ceux-ci : *des ascendants ou du conseil de famille*, cette addition ne fut point adoptée (2). Le commentateur a-t-il le droit, en présence d'une omission aussi formelle, de mettre en doute l'intention du législateur ? Nous ne le croyons pas. On dit, il est vrai, que si le conseil d'Etat n'a pas accueilli l'addition proposée par le Tribunat, c'est parce qu'il ne l'a point jugée nécessaire, le consentement du tuteur *ad hoc* se confondant à ses yeux avec celui du conseil de famille qui le nomme et dont il n'est que le repré-

(1) Demolombe, t. III, n° 278.
(2) Locré, *Législ. civ.* t. IV, p. p. 455 et 456.

sentant. Mais c'est là une affirmation purement gratuite, et d'autant plus sujette à caution que le mode de nomination du tuteur *ad hoc* par le conseil de famille n'est rien moins qu'établi, beaucoup d'auteurs trouvant plus logique de le faire nommer par le tribunal. Il n'est donc pas interdit de montrer quelque défiance à l'égard d'une doctrine qui s'appuie sur la solution d'une controverse pour soutenir la nullité d'un mariage. Quant aux conséquences bizarres que l'on prétend déduire contre nous de la combinaison des articles 156 et 157, nous nous permettrons de faire remarquer qu'elles ne sont pas aussi anormales qu'elles le paraissent. On dit que le simple défaut d'exigence des actes respectueux donnera lieu à l'application d'une peine, tandis que le défaut d'exigence du consentement sera dépourvu de toute sanction; cependant cette seconde omission est plus grave que la première. Oui, sans doute, répondrons-nous, la négligence de l'officier de l'état civil est plus grave, en principe, dans cette seconde hypothèse que dans la première, par la raison que le défaut de consentement est lui-même plus grave, en principe, que le défaut d'actes respectueux. Mais pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire que la faute soit commise *à l'égard des mêmes personnes*. Nous concevons, par exemple, qu'un enfant légitime ou un enfant naturel reconnu soit toujours nécessairement plus coupable en se mariant sans le consentement de ses père et mére qu'en négligeant simplement de leur adresser des actes respectueux. Mais pourquoi cette déduction nécessaire ? Parce que, *dans les deux cas*, il y a violation du droit des parents. Les choses

se présentent, au contraire, sous un aspect tout différent, dans l'espèce qui fait l'objet de la présente controverse. L'enfant naturel orphelin ou non-reconnu qui se marie sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire *d'un simple étranger*, est-il nécessairement plus coupable que l'enfant naturel reconnu qui manque à tous ses devoirs de fils, en négligeant de prendre le conseil *de ses père et mère* ? Toute la question est là ; et si le législateur se l'est posée, il ne faut point s'étonner qu'il l'ait résolue par la négative. Au reste, quand bien même il serait impossible de voir dans tout ceci autre chose que des anomalies, nous en conclurions simplement que le législateur n'a peut-être pas vu toutes les conséquences de sa décision ; mais cela ne suffirait pas pour nous faire accepter une solution qu'il paraît avoir formellement écartée. Il n'est pas permis, en effet, de tirer parti de l'incohérence de certaines conséquences éloignées d'un texte, pour remonter, par une sorte d'induction, jusqu'à la création d'une nullité que la loi n'a pas inscrite dans le code. Ajoutons, pour lever tous les scrupules, que depuis la promulgation du code pénal, il n'est plus possible de soutenir que l'obligation imposée à l'enfant naturel sera dépourvue de toute sanction, puisque l'article 193 de ce code punit, d'une façon générale, l'officier de l'état civil qui ne s'est point assuré du consentement des père et mère *ou autres personnes*. Restent enfin les considérations de logique ou d'équité que l'on nous oppose, pour démontrer que l'enfant naturel doit être aussi efficacement protégé que l'enfant légitime. N'a-t-il pas besoin,

dit-on, plus que tout autre, que la loi tende à sa faiblesse une main tutélaire ? Pourquoi repousser son repentir, s'il reconnaît qu'emporté par les ardeurs de la passion, il a contracté une union qui le déshonore et qui fera le malheur de sa vie ? Est-il juste de vouloir faire d'une heure d'égarement un malheur irréparable ? Tout cela, nous l'avouons, peut sembler fort triste; mais si la loi contient une lacune, ce n'est pas au commentateur qu'il appartient de la combler. Le silence de l'article 182, silence bien significatif après les tentatives faites pour le rompre, nous paraît un argument péremptoire, et nous persistons à n'en point sortir.

D. — Fins de non-recevoir opposables à l'action en nullité

Nous avons dit que la nullité fondée sur le défaut de consentement des parents était à la fois *relative* et *temporaire*. Le premier de ces deux caractères nous est maintenant connu, puisque nous savons quelles personnes peuvent intenter l'action en nullité. Il nous reste, pour connaître le second, à étudier les fins de non-recevoir qui leur sont opposables.

Comme il y a deux classes de personnes qui peuvent invoquer la nullité, ainsi doit-il y avoir deux catégories de fins de non-recevoir : les unes opposables aux personnes dont le consentement était requis, les autres aux époux qui avaient besoin de ce consentement.

a. Fins de non-recevoir opposables aux parents

A vrai dire, une seule fin de non-recevoir est opposable aux personnes dont le consentement était requis : la *ratification* donnée par elles au mariage. Mais l'article 183 prend soin de nous dire que cette ratification peut être expresse ou tacite, et il présume la ratification tacite dans un cas particulier : celui où il s'est écoulé un an sans réclamation de ces personnes, depuis qu'elles ont eu connaissance du mariage. Examinons séparément ces différents cas.

1° *Ratification expresse.* — Il est admis par la presque unanimité des auteurs, que les formalités exigées par l'article 1338 pour les actes confirmatifs d'obligations entachées de nullité, ne sont pas nécessaires pour la ratification du mariage. L'article 183 ne le soumet, en effet, à aucune condition de forme ; et comme le mariage a ses règles particulières, c'est ici le lieu d'appliquer la maxime : *specialia generalibus derogant.* La ratification expresse pourra donc résulter d'un acte quelconque, authentique ou privé, voire d'une simple lettre missive.

2° *Ratification tacite.* — Il y a ratification tacite lorsque, par leur conduite et leurs procédés envers les époux, les parents donnent implicitement des marques non équivoques d'approbation au mariage contracté sans leur assentiment. Tel est, par exemple, le cas où un père reçoit avec distinction dans sa maison les nouveaux époux. Tel est encore le cas, si souvent cité par nos anciens auteurs, où il accepte

les fonctions de parrain d'un enfant né du mariage. Il est, d'ailleurs, impossible, en pareille matière, de poser des règles fixes : il s'agit avant tout d'une question de fait, laissée à la souveraine appréciation des tribunaux.

3° *Laps de temps d'une année écoulée sans réclamation.* — Lorsque les personnes dont le consentement était requis laissent passer un notable délai sans élever aucune réclamation, il y a lieu de présumer qu'elles ont renoncé à leur droit. Dans le but de prévenir des difficultés de fait, la loi a fixé ce délai d'une manière invariable et l'a limité à *un an*. Mais pour que l'inaction prolongée des parents puisse être considérée comme une ratification tacite, il faut logiquement qu'ils aient eu *connaissance de la célébration du mariage*. C'est bien aussi ce que décide l'article 183. Une double condition est donc nécessaire pour imprimer au silence des parents le caractère d'une fin de non-recevoir : leur connaissance du mariage et leur inaction pendant une année, à compter du jour où ils ont eu cette connaissance.

Il faut d'abord, disons-nous, que les parents aient connu le mariage. Cette connaissance est indispensable pour faire courir le délai qui emporte ratification. Quel que soit donc le laps de temps qui s'écoule entre le jour de la célébration du mariage et l'époque où ils ont connu cette célébration, les parents n'ont pas à craindre de se voir opposer une sorte de prescription qui aurait anéanti leur droit ou paralysé leur action. Souvent il sera difficile d'établir avec certitude à quelle époque remonte la

connaissance du mariage ; ce point, comme toutes les questions de fait, sera soumis à l'appréciation des tribunaux. Mais il n'en est pas moins vrai qu'un concours de circonstances peut rendre admissible après un grand nombre d'années, fût-ce après cinquante ou soixante ans, la demande en annulation du mariage.

Il faut, en second lieu, que l'inaction des parents se soit prolongée pendant une année, à partir du jour où ils ont eu connaissance du mariage. Ce délai d'un an est de rigueur, et les juges ne pourraient pas décider, eu égard aux circonstances, qu'un délai moindre est suffisant pour faire présumer une ratification tacite. Lorsque les parents se trouvent dans le délai légal, rien ne saurait empêcher l'exercice de leur droit, ni rendre douteux le succès de leur action, pourvu, d'ailleurs, qu'ils n'aient pas expressément ou implicitement ratifié le mariage qu'ils prétendent attaquer.

Faut-il donner la même solution dans le cas où l'enfant vient à mourir au cours de ce délai ? En d'autres termes, les ascendants ou le conseil de famille qui n'ont point ratifié le mariage, peuvent-ils, *malgré le décès de l'enfant,* en demander la nullité ?

Les auteurs sont divisés sur cette importante question. Beaucoup d'entre eux font une distinction : ils maintiennent l'action au profit des ascendants, mais la déclarent éteinte à l'égard du conseil de famille. Qu'est-ce, en effet, que le conseil de famille ? Ce n'est pas une assemblée permanente dont les pouvoirs aient une durée indéfinie. Organisé pour veiller sur le mineur, il voit expirer sa puissance et

ses droits, lorsque disparaît la personne qu'il avait mission de protéger. Les ascendants, au contraire, ont une qualité indélébile, qu'aucun événement ne peut leur faire perdre ; chacun d'eux conserve donc le droit qu'il tient de l'article 183 (1). — Cette distinction nous paraît inadmissible. D'une part, s'il est vrai qu'un mineur décédé n'a pas de conseil de famille, il est également vrai qu'il n'a pas d'ascendants ; et d'autre part, si l'autorité des parents a été méprisée, celle de la famille ne l'a pas été moins. Ainsi, les mêmes considérations, les mêmes raisonnements s'appliquent à l'une et à l'autre hypothèse ; la solution doit donc, selon nous, être la même pour les deux cas. Mais quelle doit être cette solution ?

D'éminents jurisconsultes enseignent que la mort de l'époux éteint toute action, celle des ascendants comme celle du conseil de famille. Suivant eux, il n'est pas exact de dire qu'après la mort de l'enfant, l'autorité de l'ascendant subsiste encore, en tant qu'elle s'exercerait sur la validité ou la nullité d'un mariage qui n'existe plus. L'ascendant vit toujours, mais l'autorité qui lui conférait le droit de consentir ou de s'opposer au mariage, a vécu. Quant au conseil de famille, il est encore plus impossible de prolonger son existence au delà de la vie de l'enfant. On peut ajouter, et cette observation est commune aux ascendants et au conseil de famille, que l'obligation imposée au mineur d'obtenir leur consentement est avant tout une garantie établie en sa faveur ; lorsqu'il est décédé, l'action des ascendants

(1) Demante, t. I, n° 265 bis, 1 ; Duranton, t. II, n° 298 ; Toullier, t. I, n° 613; Valette, *Explic. somm. du liv. I, du cod. Nap.* pp. 110, 111.

ou de la famille manque de base : la logique veut qu'elle s'éteigne avec lui (1).

Suivant une autre opinion, la mort de l'époux, survenue avant l'expiration du délai d'un an, n'éteint l'action ni à l'égard des ascendants, ni même à l'égard du conseil de famille. Si l'on s'en tient au texte de l'article 183, il semble, en effet, que l'hésitation n'est pas possible. Cet article pose une règle générale : il permet aux parents d'intenter l'action, sans distinguer si l'époux est ou non décédé, s'il s'agit des ascendants ou du conseil de famille. On ne saurait sérieusement contester que le conseil de famille soit compris dans le mot *parents*, puisqu'il doit être composé de parents ou d'amis qui en tiennent lieu. Il suffit, d'ailleurs, de se reporter à l'article 182, pour se convaincre que l'esprit de la législation a été d'assimiler, en cette matière, le consentement du conseil de famille à celui des ascendants (2).

Nous inclinons à croire que ce dernier système est le plur sûr, parce qu'il a pour lui un texte clair et précis, qui ne renferme ni restriction ni distinction.

Nous donnerions la même solution, et cette fois sans hésiter, dans le cas où l'enfant *deviendrait majeur* au cours du délai accordé aux parents pour intenter l'action. Nous verrons, en effet, qu'aux termes formels de l'article 183, la ratification donnée par l'enfant à son mariage, ratification qu'il ne peut donner qu'en majorité, n'éteint l'action qu'à

(1) Demolombe, t. III, n° 282.
(2) V. Delvincourt, t. I, p. 78, note 3.

son égard et n'est pas opposable aux ascendants ou à la famille. N'est-ce pas une raison nouvelle et puissante pour soutenir que les parents conservent aussi leur action au cas de décès de l'enfant ? L'analogie qui existe entre les deux situations permet de le penser.

b. Fins de non-recevoir opposables à l'époux

Nous avons vu qu'il n'y avait, à proprement parler, qu'une seule fin de non-recevoir opposable aux parents : la ratification donnée par eux au mariage. Une double fin de non-recevoir est opposable à l'époux : la ratification de ses parents et sa propre ratification.

1° *Ratification des parents*

Cette ratification peut affecter indifféremment l'une des formes que nous venons d'étudier : elle peut être expresse ; elle peut aussi résulter de l'expiration du délai d'un an ou de toute autre circonstance impliquant ratification tacite.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'action de l'enfant est subordonnée à la volonté des parents, puisque la ratification de ceux-ci produit un effet général et absolu, qui couvre la nullité tant à l'égard de l'époux qu'à l'égard de ceux qui ont donné la ratification. Cette règle est fort sage : il serait étrange, en effet, que l'enfant pût continuer à se prévaloir de la faute qu'il a commise, alors que ceux dont l'autorité a été méconnue jugent à propos de la pardonner. Ce serait, de sa part,

ajouter une nouvelle révolte à la première, afficher un nouveau mépris de la puissance paternelle, et montrer une fois de plus qu'il ne tient aucun compte de ses décisions.

2° *Ratification de l'époux lui-même*

La loi refuse à l'époux le droit d'intenter l'action « lorsqu'il s'est écoulé *une année* sans réclamation » de sa part, *depuis qu'il a atteint l'âge compétent* » *pour consentir par lui-même au mariage* (Art. 183). » Ainsi l'enfant mineur est tout aussi incapable de confirmer son mariage sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille, qu'il l'a été d'abord de le contracter. C'est l'application du principe général contenu dans l'article 1311, aux termes duquel « le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié *en majorité*. » Nous aurons bientôt à préciser quel est cet âge, en étudiant les dispositions de la loi relatives aux majeurs.

L'article 183 ne mentionne, en ce qui concerne l'époux, qu'un seul cas de ratification tacite : l'expiration du délai d'un an ; il est, d'autre part, complètement muet sur la ratification expresse. Nous croyons qu'il faut s'en tenir strictement au texte de la loi et n'admettre avec lui qu'un seul mode de ratification.

L'opinion contraire s'appuie sur des raisons qui ne sont assurément point sans force. Que l'on suppose, par exemple, une cohabitation de plusieurs mois entre les époux : n'y aura-t-il pas dans ce fait un indice beaucoup plus puissant en faveur de

la ratification du mariage, que dans un simple silence gardé pendant un an, indépendamment de toute cohabitation ? Quant à la ratification expresse, ne faut-il pas l'admettre *à fortiori*, lorsque la loi reconnaît, comme dans notre hypothèse, un cas de ratification tacite ? A première vue, l'affirmative est bien séduisante ; aussi a-t-elle été adoptée par plusieurs auteurs d'un grand poids (1). Mais nous préférons nous renfermer dans le texte de la loi, qui ne nous paraît pas comporter cette extension. On nous oppose, il est vrai, l'article 1338 (alinéa 2), d'après lequel l'exécution volontaire d'une obligation annulable emporte sa ratification. Le mariage étant un contrat, et le plus solennel de tous, le principe d'ailleurs équitable de cet article doit donc lui être appliqué. Ce raisonnement ne nous convainc pas ; car, précisément à cause de la haute gravité de cet acte, et surtout à cause des entraînements bien plus à craindre encore dans notre hypothèse que dans les cas ordinaires, la loi a organisé des règles spéciales pour la ratification ou la confirmation du mariage. L'article 183, qui régit cette matière, n'exige pas la cohabitation, mais il ne s'en contente pas davantage. Ce qu'il veut, c'est un silence prolongé pendant un an : dans ce délai, l'époux peut agir, malgré la cohabitation ; ce délai passé, même sans cohabitation, son action n'est plus recevable. La ratification expresse elle-même nous paraît avoir été intention-

(1) Delvincourt, t. I, p. 78, note 6 ; Toullier, t. I, n° 616 ; Vazeille, t. I, n° 271 ; — Demolombe, t. III, n° 287 ; Valette (cours de code civil) t. I, p. 249. Ces deux derniers auteurs, toutefois, n'admettent, en dehors du texte, que la ratification *expresse*. Quant à la ratification tacite, ils s'en tiennent au seul cas prévu par le texte.

nellement écartée par le législateur. Il a considéré sans doute que cette ratification étant l'œuvre d'un instant, peut être le résultat de la séduction qui a déterminé le mariage, et qu'ainsi elle ne présente point les mêmes garanties qu'une ratification résultant du laps de temps, c'est-à-dire d'une approbation soutenue et persévérante (1).

Il nous reste à faire une observation dont l'importance est capitale. La ratification donnée par les ascendants ou le conseil de famille couvre la nullité d'une manière absolue ; elle éteint l'action, non seulement vis-à-vis de ces personnes, mais encore à l'égard de l'époux, qui cependant n'a point ratifié. Au contraire, la ratification donnée par l'époux est essentiellement *personnelle* et n'enlève pas aux personnes dont le consentement était requis le droit d'intenter l'action en nullité. C'est du moins l'opinion de la plupart des auteurs (2), et nous la croyons seule compatible avec le texte de l'article 183. Entre les deux cas prévus par cet article, il y a une différence manifeste, quant aux effets de la ratification. Il suffit de le lire pour s'en convaincre : « L'action en » nullité ne peut plus être intentée *ni par les époux,* » *ni par les parents* dont le consentement était requis, » toutes les fois que le mariage a été approuvé » expressément ou tacitement par ceux dont le » consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est » écoulé une année sans réclamation de leur part,

(1) Demante, t. I, p. 367.

(2) Allemand, t. I, n° 594 ; Delvincourt, t. I, p. 78, note 3; Duranton, t. II, n° 299 ; Toullier, t. I, n° 618 ; Vazeille, t. I, n° 264. — *Contra :* Demolombe, t. III, n° 291.

» depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. — » Elle ne peut être intentée non plus *par l'époux*, » lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation » de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent » pour consentir par lui-même au mariage. » De la comparaison de ces deux dispositions il résulte clairement, ce nous semble, que la ratification de l'époux est sans effet à l'égard des ascendants ou de la famille. Etant donné que la première partie du texte, en refusant aux parents le droit d'agir, prend soin de le refuser également à l'époux, il est naturel de supposer que la seconde, en se bornant à refuser ce droit à l'époux, a entendu le maintenir au profit des parents. Jamais il n'a été plus vrai de dire : *Qui negat de uno dicit de altero.*

Section V

Exceptions à la nécessité du consentement

La nécessité du consentement des parents doit être considérée comme un principe absolu sur tout le territoire continental de la France. Les seules exceptions qu'elle comporte sont, en effet, relatives à certaines colonies. Elles ont été inspirées par le désir d'encourager le mariage des condamnés ou des émigrants français, que la difficulté de se procurer le consentement de leur famille devait nécessairement détourner des unions régulières.

Aux termes de la loi du 25 mars 1873, les déportés à la Nouvelle-Calédonie, dont la famille est domi-

ciliée *en France*, peuvent se marier avec l'autorisation du conseil de gouvernement de la colonie.

Un décret du 28 juin 1877 a étendu cette disposition à toute personne résidant à la Nouvelle-Calédonie ou dans les établissements français de l'Océanie, et dont la famille réside *en Europe*.

Enfin un décret du 27 janvier 1883 accorde la même faveur aux personnes résidant en Cochinchine, dans le cas où leur famille réside *hors de la colonie*.

Il ne saurait être question, dans notre droit, de recours judiciaire contre la décision des parents. Toutefois, il est bon de noter que la loi du 24 juillet 1889 a apporté une double dérogation à ce principe :

1° Lorsque les parents ont été déclarés déchus de la puissance paternelle.

2° Lorsque des administrations de secours, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, ou des particuliers jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de mineurs de seize ans que les pères et mères leur ont confiés; que le tribunal a délégué à l'assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents, et qu'il en a remis l'exercice à l'administration, à l'association ou au particulier gardien de l'enfant.

Dans ces deux cas, si le droit de consentir au mariage leur a été maintenu, les parents peuvent, en cas de refus, être cités par l'assistance publique devant le tribunal, qui procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public

entendu. Le jugement accordant ou refusant le consentement doit être lu en audience publique.

A part cette double exception, d'origine assez récente, la décision des parents est souveraine et sans appel. En est-il de même de la décision du conseil de famille ? On a soutenu la négative, en s'appuyant sur la généralité de l'article 883 du code de procédure, qui permet d'attaquer les délibérations du conseil de famille, *toutes les fois qu'elles ne sont pas unanimes*. Aux termes de cet article, quand il y a défaut d'unanimité parmi les membres du conseil de famille, « l'avis de chacun d'eux doit être men-» tionné dans le procès-verbal ; et le tuteur, le » subrogé tuteur, le curateur, ou même les membres » de l'assemblée, peuvent se pourvoir contre la » délibération, par une demande formée contre les » membres de la majorité. » Malgré la généralité de ce texte, on décide communément qu'il faut s'en tenir à l'article 150 du code civil, qui exige du conseil de famille non pas un *avis*, mais un véritable consentement, de même nature que celui donné par les père et mère ou autres ascendants. L'article 883 du code de procédure n'a trait qu'aux *avis des parents*, ainsi que l'indique la rubrique du titre où il est placé. On peut ajouter que dans le système contraire, la délibération du conseil de famille manquerait de l'indépendance si nécessaire en cette matière. Son refus, en effet, peut avoir des motifs très graves, qu'il ne lui convienne pas de faire connaître et d'exposer dans un débat public. Si ces motifs sont peu honorables pour le futur époux du mineur, il ne faut pas que le conseil de famille

puisse craindre de s'attirer, en les exprimant, des colères et des rancunes, peut-être même une action en dommages-intérêts. Sinon, il arriverait souvent que, pour éviter de fâcheux embarras, le conseil de famille donnerait son consentement dans des cas où il l'eût refusé, s'il eût joui de toute sa liberté et s'il n'eût consulté que l'intérêt du mineur.

TITRE II

Enfants majeurs

Tandis que les mineurs, sans aucune distinction, ne peuvent se marier qu'avec le consentement de certaines personnes, les majeurs, au contraire, n'ont besoin d'aucune autorisation.

Toutefois, ce principe comporte une exception, *dans le cas où il existe des ascendants :* le fils majeur demeure alors assujetti, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, à la nécessité d'obtenir leur consentement.

Il faut noter aussi, *dans la même hypothèse*, une restriction commune au fils et à la fille : l'enfant majeur reste soumis, à tout âge, à l'obligation de demander le conseil de ses ascendants.

Ainsi, remarquons-le bien, c'est dans la seule hypothèse où le majeur a des ascendants, que la loi apporte quelques restrictions à sa liberté matrimoniale. Dans le cas contraire, il jouit, pour se marier, de l'indépendance la plus complète. Cette liberté est une conséquence de ce principe que la *protection* de la loi doit cesser avec la minorité de l'enfant ; les restrictions qui la frappent sont une conséquence de cet autre principe que les enfants doivent à leurs parents d'éternelles marques de *déférence*. Protection due aux mineurs, déférence due par les

majeurs : telle est la double base du système établi par la loi.

Nous n'avons naturellement pas à nous occuper ici du cas où il n'existe point d'ascendants, puisqu'il ne donne lieu à aucune réglementation légale. Supposons donc que l'enfant majeur a des ascendants, et demandons-nous dans quel cas il doit obtenir leur consentement, dans quel cas requérir leur conseil.

CHAPITRE I

Nécessité d'obtenir le consentement des ascendants

Cette nécessité ne s'applique qu'au *fils* ; elle ne concerne pas la fille. Celle-ci est donc absolument libre, à vingt-un ans, de se marier comme elle l'entend : sa majorité, quant au mariage, est celle du droit commun. Le fils, au contraire, lorsqu'il a des ascendants, reste mineur, quant au mariage, *jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans.*

Cette différence entre les deux sexes a paru si naturelle aux rédacteurs du code, que Portalis, orateur du Gouvernement, chargé de la proposer au corps législatif, n'a pas craint d'affirmer qu'elle n'avait pas besoin d'être expliquée et que tous les législateurs avaient senti la nécessité d'avancer pour les filles et de reculer pour les mâles l'époque de la majorité matrimoniale. Néanmoins, il a cru devoir faire remarquer « que la nature se développe » plus rapidement dans un sexe que dans l'autre,

» qu'une fille qui languirait péniblement dans une » longue attente perdrait une partie des attraits qui » peuvent favoriser son établissement, que souvent » même elle se trouverait exposée à des dangers » qui compromettraient sa vertu (1).» On peut ajouter que le fils tient à ses ascendants par des liens plus étroits que la fille, puisqu'il en conserve et perpétue le nom. Son mariage engage donc plus directement l'honneur de sa famille, et dès lors, on a dû le laisser plus longtemps soumis à son autorité.

L'obligation imposée au fils majeur d'obtenir, jusqu'à vingt-cinq ans, le consentement de ses ascendants, est absolument de même nature que celle qui incombe aux enfants mineurs des deux sexes, vis-à-vis des personnes que nous avons énumérées. Il suffit donc de rappeler ici, par un simple renvoi, mais sous cette réserve qu'il s'agit uniquement d'ascendants, tous les détails que nous avons donnés sur les personnes dont le consentement est requis, sur la forme de ce consentement et le moment où il doit être donné, sur les précautions prises par le législateur pour assurer l'accomplissement de l'obligation qu'il impose, enfin sur la double sanction de cette obligation.

En étudiant ce dernier point, nous avons vu que la nullité du mariage pouvait se trouver couverte, à l'égard de l'enfant, par l'expiration d'une année écoulée sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint *l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage* (art 183). Nous ne nous sommes point

(1) Séance du 16 Vent, an XI.

encore expliqué sur le sens de ces expressions ; le moment est venu de le préciser.

Pour les filles, aucune difficulté n'est possible. Leur majorité matrimoniale se confondant toujours avec leur majorité ordinaire, c'est nécessairement à vingt-un ans qu'elles auront atteint l'âge compétent pour consentir au mariage. Il en est de même des garçons qui n'ont point d'ascendants : dans ce cas, en effet, ils sont assimilés aux filles. Mais si, au contraire, ils ont des ascendants, quand pourra-t-on dire qu'ils ont atteint l'âge compétent pour consentir au mariage ? Sera-ce encore à vingt-un ans, terme de la majorité ordinaire ? Sera-ce à vingt-cinq ans, terme de la majorité matrimoniale ? Quelques auteurs prétendent que l'âge compétent est ici encore celui de vingt-un ans. La loi, dit-on, reconnaît qu'à cet âge, l'enfant est capable de consentir par lui-même au mariage, puisque, dans le cas où il n'a pas d'ascendants, elle lui permet de se marier sans le consentement de personne (1). — Nous ne saurions admettre cette opinion, qui paraît en contradiction avec le texte de la loi. L'époux qu'elle déclare non recevable à intenter l'action, ce n'est pas l'époux *majeur,* c'est l'époux *qui a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ; par lui-même*, c'est-à-dire *seul*, et sans le concours d'aucun ascendant. On objecte que la circonstance qu'il existe ou qu'il n'existe pas d'ascendants est sans influence sur le jugement et la raison de l'enfant ; qu'elle n'est donc pas à considérer lorsqu'il s'agit d'apprécier

(1) Delvincourt, t. I, p. 74, note 6 ; Toullier et Duvergier, t. I, N° 615, note (a).

à quel âge il peut ratifier son mariage. Mais cette objection, comme le fait très justement observer M. Demolombe, confond deux choses bien distinctes : la capacité *naturelle* et la capacité *juridique*. Or, c'est de cette dernière seulement qu'il est question dans l'article 183. Par elle-même, cette expression *âge compétent* implique, en effet, l'idée d'une *situation déterminée par la loi*. Il nous semble, d'ailleurs, que la formule employée par le législateur suffirait, à elle seule, à nous révéler sa pensée. S'il se fût agi dans l'article 183, d'une majorité uniforme et invariable, la loi n'eût pas manqué de s'exprimer en ces termes : « L'action ne peut plus être intentée par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, *depuis qu'il a atteint l'âge de vingt-un ans*, » ou, plus simplement encore: « *depuis sa majorité*. » Ce n'est pas sans raison que la loi, qui vise avant tout à la clarté, recourt à des périphrases et à des détours de langage. Si elle s'est servie, dans l'espèce, d'une expression plus large, c'est donc qu'elle devait embrasser plusieurs hypothèses, l'âge compétent n'étant pas toujours le même pour les garçons et pour les filles. On trouve, en effet, quelques lignes plus loin, dans l'article 185, la même expression employée pour désigner deux situations distinctes. Il s'agit du cas ou un enfant s'est marié avant l'âge fixé pour la puberté légale. Aux termes de l'article 185, ce mariage ne peut être attaqué lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux impubère a atteint *l'âge compétent*. Ces mots correspondent ici évidemment à deux hypothèses bien distinctes : la fille étant nubile à quinze ans, le garçon n'étant

pubère qu'à dix-huit. Il y a donc tout lieu de croire qu'il n'en est pas autrement dans l'article 183 (1).

En résumé, c'est seulement à partir de vingt-cinq ans, que court le délai accordé au fils majeur en puissance d'ascendants, pour demander la nullité de son mariage. Toutefois, gardons-nous de trop généraliser ce principe. Si, par exemple, un fils vient à perdre à vingt-deux ans, *tous* ses ascendants, le silence gardé par lui pendant une année, c'est-à-dire jusqu'à vingt-trois ans, équivaudra à une ratification de sa part. Il en serait autrement dans le cas où l'enfant ayant encore, lors du mariage, son père et son aïeul, viendrait à perdre seulement son père. Cet événement éteindra l'action du père, et nous avons décidé précédemment que cette action ne passera pas à l'aïeul. Cependant, comme l'enfant est encore soumis, pour le mariage, à la puissance paternelle de l'ascendant supérieur, il ne pourra pas, si celui-ci continue à vivre, donner une ratification avant vingt-cinq ans, et c'est seulement à partir de cet âge, que commencera à courir le délai de l'article 183. Telle est du moins la solution que préconise M. Demolombe (2), et à laquelle nous croyons devoir nous rallier, tout en regrettant avec lui que la loi n'ait pas, par dérogation aux principes, accordé à l'ascendant, dans ce cas particulier, le droit de ratification.

Les enfants naturels du sexe masculin demeurent soumis, comme les enfants légitimes, jusqu'à l'âge

(1) Demolombe, t. III, n° 284 ; Marcadé, sur l'art. 183, n° 3 ; Merlin, Rép. V° mariage ; Vazeille, t. I, n° 271.

(2) T. III, n° 285.

de vingt-cinq ans, à la nécessité d'obtenir le consentement de leurs père et mère. Mais s'ils n'ont pas été reconnus, ou si leurs deux auteurs sont morts ou incapables de manifester leur volonté, ils sont considérés comme n'ayant point d'ascendants et sont affranchis de toute obligation.

CHAPITRE II

Obligation de demander le conseil des ascendants

Tout enfant majeur affranchi de la nécessité d'obtenir le consentement de ses ascendants est soumis à l'obligation de demander leur conseil. Cette obligation commence donc à *vingt-un ans* pour la fille, à *vingt-cinq ans* pour le fils. Elle ne cesse, d'ailleurs, à aucune époque : si donc l'enfant, parvenu à un certain âge, peut toujours vaincre la résistance de son père, il ne peut jamais se dispenser de la combattre. La perpétuité de cette obligation est une conséquence de ce principe supérieur d'après lequel l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses ascendants (371). Il manquerait évidemment à ce devoir, s'il accomplissait, sans prendre au moins leur conseil, l'acte qui doit leur donner une postérité et leur imposer même des obligations pécuniaires (Art. 206 et 207).

Cette nécessité de consulter ses ascendants est, d'ailleurs, utile à l'enfant lui-même : elle appelle son

attention sur la gravité de l'acte qu'il va remplir. Les longues formalités qu'elle entraîne lui donneront le temps de la réflexion et, par suite, le moyen de s'amender, s'il s'était engagé dans la voie d'une alliance peu honorable.

Cette obligation est commune à l'enfant naturel et à l'enfant légitime, sous cette réserve que l'enfant naturel n'a d'autres ascendants que les père et mère qui l'ont reconnu.

Section I

Ascendants dont le conseil doit être demandé

Ces ascendants sont exactement les mêmes que ceux dont l'enfant devrait obtenir le consentement, s'il n'avait pas atteint sa majorité matrimoniale. Il faut donc suivre, en cette matière, l'ordre hiérarchique établi en matière de consentement. Ainsi le conseil doit être demandé au père et à la mère; toutefois, si l'un d'eux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le conseil de l'autre suffit. S'ils sont morts tous les deux ou incapables de manifester leur volonté, l'enfant doit alors s'adresser aux ascendants supérieurs, dans l'ordre que nous avons précédemment indiqué.

Il faut mentionner ici l'article 155, dont nous avons déjà parlé incidemment, et qui prévoit le cas *d'absence* de l'ascendant dont le conseil devrait être requis. Dans ce cas, il est passé outre à la célébration du mariage, sous la condition de justifier de cette absence. Il s'agit, bien entendu, de l'absence *du dernier* ascendant : car, si d'autres sont présents

et en état de manifester leur volonté, ils remplacent celui qui est absent (art. 151).

La preuve de l'absence peut être faite au moyen :

Soit du jugement qui aurait déclaré cette absence;

Soit du jugement qui aurait ordonné l'enquête prescrite par l'article 116 pour la constater;

Soit enfin d'un *acte de notoriété* délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant avait son dernier domicile connu, et contenant la déclaration de quatre témoins désignés d'office par ce magistrat.

Ce dernier moyen sera souvent le plus pratique et partant le plus employé. Mais il peut se faire que l'ignorance où l'on est du dernier domicile de l'absent, rende impossible l'acte de notoriété. Un avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII a suppléé sur ce point, comme sur quelques autres, à l'insuffisance du code. Aux termes de cet avis, on peut passer outre à la célébration du mariage, sur la déclaration *faite sous serment par les parties elles-mêmes*, que le dernier domicile de leur ascendant leur est inconnu. Toutefois, cette déclaration doit être certifiée, aussi sous serment, par les quatre témoins du mariage, lesquels affirment, d'une part, qu'ils connaissent les futurs époux, et d'autre part, qu'ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et leur dernier domicile. L'officier de l'état civil est tenu de mentionner cette double déclaration dans l'acte de mariage.

Section II

Comment et à quel moment le conseil des ascendants doit être donné

La nécessité imposée à l'enfant de prendre le conseil de ses ascendants se traduit par l'obligation de leur adresser des *actes respectueux*. On disait autrefois dans la langue juridique et l'on dit encore aujourd'hui dans le langage courant : des *sommations respectueuses*. Rien n'est pourtant moins respectueux qu'une sommation : ce sont là des termes qui jurent ensemble. Cette façon de parler se justifiait à demi dans notre ancienne législation, qui permettait de confier à des huissiers le soin de dresser et de notifier ces sommations. Elle est aujourd'hui doublement inexacte : le code a supprimé, en effet, et le mot et la chose. Au mot *sommation*, il a substitué le mot *acte* ; à l'intervention irritante de l'huissier, il a substitué le ministère conciliant du notaire.

Dans tout acte respectueux, il faut distinguer deux choses :

1° *L'acte respectueux proprement dit*, qui est rédigé dans l'étude du notaire, à la requête de l'enfant ou de son fondé de pouvoir. Il renferme une demande de conseil adressée aux ascendants : cette demande doit être « *formelle et respectueuse* », c'est-à-dire qu'elle ne doit contenir ni omission ni inconvenance susceptibles d'en altérer l'essence. L'emploi du mot *sommation* ne suffirait pas à la rendre nulle, si, d'ailleurs, ce mot était précédé ou suivi de termes révérentiels.

2° *La notification de cet acte*, qui doit être faite par le notaire, assisté d'un confrère ou de deux témoins. La présence de l'enfant à cette notification n'est pas nécessaire : elle pourrait surexciter l'ascendant, et le but de la loi serait manqué. Le notaire doit dresser de la notification un *procès-verbal* contenant la *réponse* de l'ascendant. Il en résulte que la notification doit être faite, en principe, à la *personne* même de cet ascendant. Toutefois, il est bien évident que l'obstination malicieuse des parents à ne pas recevoir le notaire, ne saurait empêcher l'accomplissement des actes respectueux et par suite le mariage. Aussi le notaire peut-il, après avoir mentionné ce fait dans son procès-verbal, en laisser copie aux domestiques ou autres personnes qu'il trouve au domicile des parents. Cette manière de procéder, conforme au droit commun (art. 68, Pr.), est pleinement valable.

L'obligation de demander le conseil de ses ascendants incombe à l'enfant, quel que soit son âge. Mais l'âge influe sur le *nombre* des actes respectueux. La fille, pendant quatre ans, le fils, pendant cinq ans, à compter de leur majorité matrimoniale, doivent adresser à leurs parents *trois* actes respectueux. Passé ce délai, c'est-à-dire à vingt-cinq ans pour la fille, à trente ans pour le fils, *un seul* acte respectueux suffit. Certains auteurs admettent également qu'un seul acte suffit, lorsqu'en cas de dissentiment entre les ascendants, la voix prépondérante est pour le mariage (1). Ainsi, quand le père consent au mariage, un seul acte respectueux doit être fait à la mère ; car il n'en faut pas davantage pour

(1) Vazeille, t. I, n° 134.

établir le dissentiment des époux, et l'on sait qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

Les actes respectueux, lorsqu'il en est requis plusieurs, sont renouvelés *de mois en mois ;* un mois après le troisième, l'enfant peut passer outre au mariage. Le délai d'un mois qui doit séparer les divers actes respectueux ou qui doit s'écouler entre le dernier acte respectueux et le mariage, est naturellement un simple minimum : la loi ne fixe, en effet, aucune date après laquelle les actes respectueux se trouveraient périmés.

Lorsqu'un seul acte respectueux est nécessaire, le mariage peut également avoir lieu un mois après ; mais rien n'empêche, ici encore, qu'il y ait un intervalle plus considérable.

Une épreuve de trois mois, quelquefois d'un seul, est donc imposée à l'enfant qui veut se marier sans le consentement de ses parents. Son but est de donner aux passions le temps de s'amortir, soit qu'il s'agisse de faire revenir les parents de préventions mal fondées, soit qu'il faille ramener à la raison le fils qui poursuit un mariage mal assorti (1). Il paraissait douteux à certains rédacteurs du code, que ce but pût être atteint par une épreuve aussi courte ; mais on leur fit justement observer « qu'un délai trop long pourrait donner » lieu à des désordres scandaleux qu'il fallait » prévenir ; qu'on devait beaucoup compter sur de » sages remontrances plusieurs fois réitérées ; » qu'enfin et surtout, il ne fallait pas perdre de » vue que le refus de consentement ne doit pas être

(1) Discussion du code civil au conseil d'Etat, t. II, p. 29.

» un obstacle trop long au mariage que la loi » autorise (1). »

Section III

Précautions prises par le législateur pour assurer l'accomplissement des actes respectueux

Il suffit de reproduire ici les détails que nous avons donnés en matière de consentement, relativement aux publications de mariage et aux oppositions. Remarquons, toutefois, que le droit d'opposition est réservé, dans cette hypothèse, aux seuls ascendants : ce droit leur appartient, non pas en vertu d'un texte spécial, relatif à l'obligation des actes respectueux, mais en vertu de la disposition générale de l'article 176, qui leur permet de faire opposition pour toute espèce de motifs et même sans aucun motif.

Section IV

Sanction des actes respectueux

Nous avons vu que l'obligation d'obtenir le consentement des ascendants comportait une double sanction : l'une civile, consistant dans la nullité du mariage, l'autre pénale, frappant l'officier de l'état civil. L'obligation de demander leur conseil étant moins importante, est aussi moins sévèrement garantie. Dans ce cas, point de sanction civile : le mariage,

(1) Discussion du code civil au conseil d'Etat, t. II, p. 29.

une fois contracté, devient inattaquable. Ainsi, tandis que le défaut de consentement est un empêchement dirimant, le défaut de conseil n'est qu'un empêchement prohibitif. La sanction de cette prohibition est *purement pénale :* encore est-elle moins rigoureuse que celle du défaut de consentement.

Cette sanction pénale est inscrite dans l'article 157 : l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage sans s'assurer de l'accomplissement des actes respectueux, encourt un emprisonnement d'un mois au moins et une amende qui ne peut excéder trois cents francs.

Nous avons dit que cette sanction était moins rigoureuse qu'en matière de consentement. Elle l'est, en effet, à deux points de vue. D'une part, la loi ne punit que l'*absence* d'actes respectueux ; elle n'en punit pas le *défaut de mention* dans l'acte de célébration du mariage. D'autre part, le minimum de la peine d'emprisonnement est réduit à un mois.

Si la loi ne punit pas le défaut de mention des actes respectueux, c'est qu'il n'en peut résulter aucune conséquence fâcheuse pour les époux, puisque le mariage est valable même en l'absence d'actes respectueux. Nous avons fait ressortir, au contraire, toute l'importance de la mention du consentement, sans laquelle les époux seraient souvent exposés à la nullité de leur mariage, faute de pouvoir établir qu'ils ont satisfait à la loi.

Section V

Exceptions à la nécessité des actes respectueux

Comme celles que la loi apporte à la nécessité du

consentement, ces exceptions sont particulières aux colonies, et elles ont pour but de faciliter les unions régulières. Ajoutons qu'elles sont un peu plus nombreuses.

Sont dispensés, en effet, de la formalité des actes respectueux :

1° Les individus condamnés aux travaux forcés et transférés dans les établissements pénitentiaires créés dans les colonies françaises (Décret du 24 mars 1866).

2° Les individus déportés à la Nouvelle-Calédonie, lorsque leurs ascendants sont domiciliés en France (Loi du 25 mars 1873).

3° Les personnes résidant à la Nouvelle-Calédonie et dans les établissements français de l'Océanie, lorsque leurs ascendants ont leur domicile en Europe (Décret du 28 Juin 1877).

4° Les personnes résidant en Cochinchine, lorsque leurs ascendants ont leur domicile hors de la colonie (Décret du 27 Janvier 1883).

5° Enfin les individus condamnés à la relégation et transférés dans les établissements pénitentiaires créés dans les colonies françaises, en vertu de la loi du 27 mai 1885 (Loi du 11 novembre 1887).

CONCLUSION

Parmi les conditions que la loi a mises à la validité du mariage, une des plus sages est, sans contredit, celle que nous venons d'étudier. Il ne suffisait pas de fixer un âge minimum, en dessous duquel le mariage serait interdit : la puberté naturelle, sur laquelle doit être calquée la puberté légale, est ordinairement trop précoce pour qu'on puisse en faire le point de départ de la majorité matrimoniale. Il fallait donc imposer aux ardeurs irréfléchies de la jeunesse un frein salutaire qu'elles ne pourraient pas briser. Le législateur français l'a compris. L'ancien droit et le droit intermédiaire avaient satisfait à cette nécessité sociale, le premier parfois avec un peu d'exagération, le second peut-être avec un peu de faiblesse. Les rédacteurs du code civil n'ont pas failli à leur mission ; ils ont, sur ce point, donné à la puissance paternelle tous les pouvoirs qui lui étaient nécessaires, mais ils n'ont pas sacrifié les droits de l'enfant et de la liberté humaine. Ils ont senti qu'il était un âge où il fallait laisser à chacun la responsabilité de ses actes et mettre un terme à la protection forcée.

A l'âge même où la raison est mûre et fait contrepoids à l'effervescence des passions, la loi se garde d'écarter complètement les parents. S'inspi-

rant à la fois du respect qui leur est dû et de l'intérêt qu'ils portent à leurs enfants, elle fait un devoir à ceux-ci de les consulter et de prendre conseil de leur expérience. C'est là une précaution fort sage, et l'on peut louer sans réserve le but que s'est proposé le législateur en instituant les actes respectueux. Toutefois, il est permis de se demander si ce but n'a pas été dépassé.

« Rien n'est plus juste que d'obliger l'enfant à » demander l'avis de son père et de sa mère, et de » laisser à ceux-ci le droit de remontrance. Mais » du jour où le consentement a été officiellement » sollicité et refusé, pourquoi renouveler jusqu'à » trois fois cette cérémonie inutile, à laquelle on » donne, par une sorte d'antinomie, le nom d'acte » respectueux ? Dans la pratique, ce long délai n'a » jamais servi à changer les dispositions de l'enfant » ni des parents. Lorsqu'on arrive à cette extrémité » des sommations par notaire, les uns et les autres » ont pris position ; ils ont la ferme volonté de » persévérer dans leurs résolutions jusqu'à l'expi- » ration des délais irritants qui leur sont imposés. » Rien n'est plus mauvais que cette prolongation » de lutte au sein de la famille ; et, s'il est des cas » où les futurs époux savent attendre sans » enfreindre les règles de la morale, il faut recon- » naître que parfois ils se trouvent exposés aux plus » dangereux entraînements. »

Ces critiques ne sont point nôtres : nous les empruntons au rapport de M. Gomot, présenté à la Chambre des députés le 16 mars 1889. Il s'est produit, en effet, depuis quelques années, un mou-

vement en faveur de la suppression, au moins partielle, des actes respectueux. Les sociétés charitables instituées dans le but de faciliter le mariage, les municipalités des villes manufacturières, où l'on voit s'affirmer de plus en plus nombreuses les unions faciles, sans dignité et sans avenir, ont été unanimes à demander sur ce point la rectification du code civil. Elles ont vu de près le danger de la loi et constaté la progression effrayante des unions libres.

Pour répondre à ces vœux, M. Felix Le Roy déposa, lors de la dernière législature, une proposition de loi tendant à supprimer deux actes respectueux sur trois, de manière à réduire à la fois les lenteurs et les frais d'une procédure inutile. Cette proposition a été reprise en 1890 par M Thellier de Poncheville, et depuis lors elle a fait l'objet de plusieurs rapports favorables (1).

Quelque opinion que l'on ait sur les critiques adressées au code et sur les réformes qu'elles appellent, on doit un hommage aux intentions de ses rédacteurs. Ils se sont efforcés de concilier autant que possible les justes prérogatives du père avec les droits non moins légitimes de l'enfant. Il faut leur rendre cette justice, qu'ils ont su éviter, sur ce point, les excès et les fautes de leurs devanciers. S'ils ont commis quelque imperfection, n'en accusons que la difficulté du problème qu'ils avaient à résoudre : celui de l'accord de l'autorité avec la liberté.

(1) Le dernier rapport a été déposé à la Chambre le 28 avril 1891.

POSITIONS

Droit romain

I. — Les mariages entre cousins-germains n'ont jamais été défendus par les Institutes.

II. — Le seul consentement ne suffit pas à la formation du mariage.

III. — Lorsqu'une personne ayant fait une tradition conditionnelle, vient à mourir *pendente conditione*, son héritier n'acquiert la propriété de la chose ainsi livrée, que sous la même condition, et, par suite, s'en trouve dépouillé de plein droit, lors de l'événement de la condition. (Conciliation des lois 2, § 5, liv. 39, tit. 5 ; et 9, § 1, liv. 23, tit. 3).

IV. — L'héritier, qui est saisi de plein droit de la *propriété* des biens du défunt, n'est cependant pas saisi de leur *possession. Il en est ainsi même des héritiers siens et nécessaires ou simplement nécessaires.*

Droit civil

I. — L'usufruitier ne peut pas contraindre le nu-propriétaire à faire les grosses réparations.

II. — L'article 694 du code civil n'est pas en contradiction avec les articles 692 et 693. Il suppose le cas où l'on peut produire le titre de séparation des deux héritages, lequel titre ne contient aucune réserve contre l'établissement de la servitude.

III. — L'héritier qui a laissé se prescrire son droit d'option ne peut plus *renoncer* à la succession.

IV. — L'héritier renonçant ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.

V. — Les articles 1070 et 1072 visent non seulement la publicité de la substitution, mais encore celle de la donation, de telle sorte que l'article 941 se trouve modifié au cas où la donation entre vifs est faite avec charge de rendre.

VI. — L'assurance sur la vie contractée par l'un des époux au profit de ses héritiers ou ayant cause tombe en communauté. Au contraire, l'assurance contractée soit au profit d'un tiers déterminé, soit au profit de l'autre époux, reste propre à ce tiers ou à cet époux.

VII. — La promesse de vente ne se résout point en simples dommages-intérêts. La promesse synallagmatique vaut vente immédiatement. La promesse unilatérale vaut vente du jour où le stipulant consent à acheter; elle n'a donc pas d'effet rétroactif.

Droit commercial

I. — La faillite relève exclusivement du tribunal de commerce. Aucune autre juridiction ne peut, sous prétexte que la preuve de la cessation des paiements d'un commerçant lui est fournie, appliquer les dispositions légales relatives à la faillite.

II. — Le vendeur d'immeuble, qui a perdu son privilège, faute de l'avoir fait inscrire avant la déclaration de faillite de l'acheteur, conserve cependant son action résolutoire, tant que l'inscription d'hypothèque prévue par l'article 490 c. com. n'a pas été prise au profit de la masse.

Droit constitutionnel

— Le droit de révision qui appartient aux Chambres réunies en congrès est illimité.

Droit administratif

— Depuis le décret du 19 septembre 1870 abrogeant l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, tout

citoyen peut saisir directement les tribunaux de poursuites contre un fonctionnaire, sans l'autorisation préalable du conseil d'Etat; et les tribunaux peuvent alors apprécier la légalité des actes reprochés au fonctionnaire poursuivi.

Droit international privé

— Les tribunaux français sont compétents pour juger les contestations entre étrangers.

Vu par :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Le Professeur, Président de la Thèse,
L. GUILLOUARD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE. 9

INTRODUCTION 15

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I. — Origine et fondement de la nécessité du consentement paternel. 26

CHAPITRE II. — Personnes qui doivent requérir le consentement paternel pour se marier. 35

CHAPITRE III. — Personnes dont le consentement est requis. 45

CHAPITRE IV. — Nature et étendue du consentement paternel 54

CHAPITRE V. — Formes du consentement paternel et conditions requises pour sa validité 66

CHAPITRE VI. — Sanction de la formalité du consentement paternel. 76

Pages

CHAPITRE VII. — Exceptions à la nécessité du consentement paternel 93

APPENDICE 103

ANCIEN DROIT

AVANT-PROPOS. — Législation et juridiction en matière de mariage 113

CHAPITRE I. — Doctrine de l'Eglise sur le mariage des enfants de famille . . . 128

CHAPITRE II. — Origines et développement de la législation civile sur le mariage des enfants de famille. . . . 149

CHAPITRE III. — Edit de Henri II, de 1556 156

CHAPITRE IV. — Concile de Trente, de 1563 . . . 173

CHAPITRE V. — Edit de Blois de Henri III, de 1579 ; — Actes législatifs de Louis XIII, de 1629 et de 1639 183

CHAPITRE VI. — Théorie du rapt de séduction . . 206

CHAPITRE VII. — Application pratique du rapt de séduction, ou dernier état de l'ancien droit sur le mariage des enfants de famille . . . 216

I. MINEURS DE VINGT-CINQ ANS 217

SECTION I. — Etendue de l'obligation imposée aux mineurs. 217

Pages

SECTION II. — Précautions prises par le législateur pour assurer l'exécution de l'obligation imposée aux mineurs 221

§ 1. — Bans de mariage 221

§ 2. — Oppositions au mariage . . . 224

SECTION III. — Sanction de l'obligation imposée aux mineurs 225

§ 1. — Nullité du mariage. 225

A. Fondement et caractères généraux de la nullité. . . 225

B. Action en nullité 231

§ 2. — Peines du rapt 235

§ 3. — Exhérédation. 236

SECTION IV. — Exceptions à la nécessité du consentement paternel . . 243

II. MAJEURS DE VINGT-CINQ ANS. 248

Enfants naturels 254

APPENDICE 255

A. Mariage des femmes propriétaires de fiefs. . . 255

B. Mariage des serfs. . . . 256

C. Mariage des princes du sang 257

DROIT INTERMÉDIAIRE 261

Pages

CODE CIVIL. 263

TITRE I. — Enfants mineurs 267

Section I. — Personnes dont le consentement est requis. 267

§ 1. — L'enfant mineur a des ascendants 267

§ 2. — L'enfant mineur n'a plus d'ascendants 275

Section II. — Comment et à quel moment le consentement doit être donné 278

Section III. — Précautions prises par le législateur pour assurer l'accomplissement de l'obligation imposée aux mineurs. . . 283

§ 1. — Des publications de mariage . 283

§ 2. — Des oppositions au mariage. . 284

Section IV. — Sanction de l'obligation imposée aux mineurs. 287

§ 1. — Peines édictées contre l'officier public 288

§ 2. — Nullité du mariage 289

A. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité 289

B. Caractères de la nullité . . 290

C. Personnes qui peuvent invoquer la nullité. 291

Pages

a. Personne dont le consentement était requis. . . 292

b. Conjoints qui avaient besoin du consentement d'autrui 300

D. Fins de non-recevoir opposables à l'action en nullité 306

a. Fins de non-recevoir opposables aux parents. . . 307

b. Fins de non-recevoir opposables à l'époux. . . . 312

1° Ratification des parents 312

2° Ratification de l'époux lui-même . . 313

SECTION V. — Exceptions à la nécessité du consentement 316

TITRE II. — ENFANTS MAJEURS 320

CHAPITRE I. — Nécessité d'obtenir le consentement des ascendants . . . 321

CHAPITRE II. — Obligation de demander le conseil des ascendants . . . 326

SECTION I. — Ascendants dont le conseil doit être demandé 327

SECTION II. — Comment et à quel moment le conseil des ascendants doit être donné 329

SECTION III. — Précautions prises par le législateur pour assurer l'accomplissement des actes respectueux 332

Pages

SECTION IV. — Sanction des actes respectueux 332

SECTION V. — Exceptions à la nécessité des actes respectueux 333

CONCLUSION 335

POSITIONS. 339

LILLE, — IMPRIMERIE VICTOR DUCOULOMBIER.